JUSTICIA TRANSICIONAL

MANUAL PARA AMÉRICA LATINA



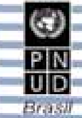
FÉLIX REÁTEGUI
Editor

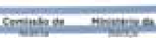
JUSTICIA TRANSICIONAL

MANUAL PARA AMÉRICA LATINA










Brasilia & Nueva York
2011

Gobierno Federal de Brasil
Ministerio de Justicia
Comisión de Amnistía

Presidenta de la República
DILMA VANA ROUSSEFF

Ministro de Justicia
JOSÉ EDUARDO CARDOZO

Presidente de la Comisión de Amnistía
PAULO ABRÃO

Vicepresidentes de la Comisión de Amnistía
EGMAR JOSÉ DE OLIVEIRA
SUELI APARECIDA BELLATO

Secretario Ejecutivo de la Comisión de Amnistía
MULLER LUIZ BORGES

Coordinador General de Memoria
Histórica de la Comisión de Amnistía
Director Nacional BRA/08/021
MARCELO D. TORELLY

Gerente BRA/08/021
ROSANE CAVALHEIRO CRUZ

Realización
COMISIÓN DE AMNISTÍA DEL MINISTERIO DE JUSTICIA
CENTRO INTERNACIONAL PARA LA JUSTICIA TRANSICIONAL (ICTJ)

Producción Editorial
CENTRO INTERNACIONAL PARA LA JUSTICIA TRANSICIONAL (ICTJ)

Presidente
DAVID TOLBERT

Editor
FÉLIX REÁTEGUI

Coordinación del Proyecto Brasil del ICTJ
EDUARDO GONZÁLEZ CUEVA
MARCIE MERSKY
KELEN MEREGALI MODEL FERREIRA
STEPHANIE MORIN
JOANNA RICE
SANDRA SPADY

Traducción
YOLANDA CHAVEZ

Revisión
FÉLIX REÁTEGUI
KELEN MEREGALI MODEL FERREIRA

Edición
ROCÍO REÁTEGUI

Proyecto Gráfico
ÉMERSON CÉSAR DE OLIVEIRA

Diagramación
ROCÍO REÁTEGUI

Esta publicación es producto del Acuerdo de Cooperación Técnica BRA/08/021 - "Cooperación internacional para el intercambio, el desarrollo y la expansión de políticas para la Justicia Transicional en Brasil", firmado por la Comisión de Amnistía del Ministerio de Justicia de Brasil, la Agencia Brasileña de Cooperación del Ministerio de Relaciones Exteriores y el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, y fue desarrollada por el Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ) por medio del contrato PNUD CPCS 10-12414/2010 BRA. Esta publicación tiene como objetivo difundir la experiencia de América Latina en el ámbito de la justicia de transición.
Los textos presentados aquí son de exclusiva responsabilidad de sus autores y reflejan la pluralidad de las políticas públicas y las reflexiones académicas sobre la región sin expresar la opinión institucional de ninguno de sus editores, salvo indicación expresa en contrario.

Distribución gratuita - Se prohíbe la venta
2.000 ejemplares en portugués
2.000 ejemplares en inglés
2.000 ejemplares en español

Descarga disponible en:
http://www.mj.gov.br/anistia

Publicado por la Comisión de Amnistía
del Ministerio de Justicia de Brasil

341.5462

J96t Justicia transicional : manual para América Latina / Editor Félix Reátegui. – Brasilia: Comisión de Amnistía, Ministerio de Justicia; Nueva York: Centro Internacional para la Justicia Transicional, 2011.
500 p.
Publicado también en inglés y portugués.
Colaboraron en este proyecto la Agencia Brasileña de Cooperación del Ministerio de Relaciones Exteriores y el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo.

ISBN: 978-85-85820-11-4

1. Justicia transicional, América Latina. 2. Amnistía. 3. Derechos humanos
I. Reátegui, Félix, editor. II. Brasil. Ministerio de Justicia. Comisión de Amnistía.
III. Centro Internacional para la Justicia Transicional.

CDD

Este libro forma parte del proyecto BRA/08/021 —Cooperación para el Intercambio Internacional, el Desarrollo y la Ampliación de las Políticas de Justicia Transicional en Brasil— de la Comisión de Amnistía del Ministerio de Justicia, la Agencia Brasileña de Cooperación del Ministerio de Relaciones Exteriores y del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, y fue desarrollado en colaboración con el Centro Internacional para la Justicia Transicional. El libro ha sido publicado simultáneamente en portugués, inglés y español.

Comisión de Amnistía del Ministerio de Justicia

La Comisión de Amnistía es un órgano del Estado brasileño vinculado al Ministerio de Justicia y compuesto por 24 consejeros, en su mayoría agentes de la sociedad civil o profesores universitarios, uno de los cuales es designado por las víctimas y otro por el Ministerio de Defensa. Creada hace diez años, en el 2001, con el objetivo de reparar moral y económicamente a las víctimas de los excesos, actos arbitrarios y violaciones de derechos humanos cometidos entre 1946 y 1988, la Comisión cuenta hoy con más de setenta mil pedidos de amnistía registrados. Hasta el 2011 había declarado "amnistiadas políticas" a más de 35 mil personas y promovido el pedido oficial de disculpas del Estado por las violaciones cometidas. En aproximadamente 15 mil de estos casos, la Comisión reconoció igualmente el derecho a reparación económica. El acervo de la Comisión de Amnistía es el más completo fondo documental sobre la dictadura brasileña (1964-1985). En él se reúnen documentos oficiales así como numerosas declaraciones y acervos aportados por las víctimas. Este acervo será puesto a disposición del público por medio del Memorial de la Amnistía Política de Brasil, lugar de memoria en homenaje a las víctimas que se encuentra en construcción en la ciudad de Bello Horizonte. Desde el 2007, la Comisión ha pasado a promover diversos proyectos de educación, ciudadanía y memoria, para lo cual lleva las sesiones de evaluación de los pedidos a los locales donde ocurrieron las violaciones; también promueve convocatorias públicas para el financiamiento de iniciativas sociales de memoria y fomenta la cooperación internacional para el intercambio de prácticas y conocimientos, con énfasis en los países del Hemisferio Sur. El presente volumen es parte integrante de las acciones del proyecto de cooperación internacional de la Comisión de Amnistía.

Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo

El Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) es la red mundial de desarrollo de las Naciones Unidas, y está presente en 166 países. Su misión principal es combatir la pobreza y promover el desarrollo humano en un contexto de gobernabilidad democrática. Con la colaboración de los gobiernos, el sector privado y la sociedad civil, el PNUD vincula a los países con el conocimiento, la experiencia y los recursos para ayudar a las personas a construir una vida digna y trabajar juntos en soluciones planteadas por los países miembros para fortalecer la capacidad local y facilitar el acceso a sus recursos humanos, técnicos y financieros, a la cooperación externa y su amplia red de socios.

Agencia Brasileña de Cooperación del Ministerio de Asuntos Exteriores

La Agencia Brasileña de Cooperación (ABC), que integra la estructura del Ministerio de Asuntos Exteriores (MRE), tiene la tarea de negociar, coordinar, ejecutar y supervisar programas y proyectos de cooperación técnica en Brasil, realizados sobre la base de acuerdos firmados por Brasil con otros países y organizaciones internacionales. Para cumplir su misión, la política exterior de la ABC se guía por el Ministerio de Asuntos Exteriores y las prioridades nacionales de desarrollo tal como se define en los planes y programas sectoriales del Gobierno.

Centro Internacional para la Justicia Transicional

El Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ) tiene el objetivo de remediar y prevenirlas graves violaciones de los derechos humanos, con el fin de enfrentarse al legado de los serios abusos cometidos durante los conflictos armados regímenes autoritarios. Para cumplir esta misión, utiliza amplios conocimientos adquiridos en diversos países asesorando a comisiones de la verdad, programas de reparación y a otras entidades que promueven la justicia transicional. El ICTJ trabaja junto con los Gobiernos, la sociedad civil y otros organismos que velan por la defensa de los derechos de las víctimas así como por la búsqueda de soluciones integradas para promover la rendición de cuentas y crear sociedades más justas y pacíficas.

ÍNDICE

PRESENTACIONES



Ministerio de Justicia
de la República Federal de Brasil

América Latina ha sido, en los últimos años, el gran referente para los estudiosos de las transiciones políticas y para los agentes encargados de llevar a cabo tales transiciones. La calidad de las políticas públicas y la tenacidad de los movimientos de lucha por la democracia y por los derechos humanos en la región la han consolidado como un referente indispensable para cualquier nuevo trabajo o acción que se emprenda en este campo. Por lo tanto, no queda ninguna duda de que el proceso de democratización que se ha tenido alcanzó el fin que perseguía: *transformar una región que estuviera marcada por el autoritarismo en un caleidoscopio de nuevas formas de ejercicio de derechos y poderes desde bases democráticas y humanistas.*

Mirar el caleidoscopio latinoamericano, sin embargo, nos lleva a visualizar un conjunto de diferencias obtenidas en los procesos transicionales que impactan cada realidad local de una manera diferente. Así como es innegable el éxito del conjunto de la región en democratizarse, también resulta incuestionable la singularidad de cada uno de los procesos nacionales. La presente obra, fruto de la cooperación directa entre la Comisión de Amnistía del Ministerio de Justicia, la Agencia Brasileña de Cooperación de nuestro Ministerio de Relaciones Exteriores, el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, y el Centro Internacional para la Justicia Transicional (que realizó la edición), busca precisamente proporcionar a su lector una visión en dos niveles de este nuestro caleidoscopio: observando el movimiento coyuntural de la democratización de la región y, también, conociendo las experiencias individuales más exitosas de cada país.

Es porque cree en el fortalecimiento de una agenda de integración latinoamericana y también en el mejoramiento de nuestras relaciones en el eje Sur-Sur, que el Ministerio de Justicia tomó la decisión de financiar esta iniciativa, la cual pretende contribuir al fortalecimiento de un

diálogo cada vez más actual dirigido hacia la comprensión de nuestras semejanzas, la aceptación de nuestras diferencias y, sobre todo, la construcción conjunta de mejores alternativas de futuro.

Diseñado para servir como libro de referencia sobre justicia transicional, el presente *Manual para América Latina* fue concebido con la finalidad de ayudar en la construcción de iniciativas de fortalecimiento democrático, sean estas producto de la acción de agentes gubernamentales o de esfuerzos de la sociedad civil. Esta obra, que contiene textos fundamentales sobre el tema, muchos de los cuales estaban originalmente disponibles en apenas una de las tres lenguas en las que ahora se presentan, así como también contribuciones inéditas, pretende servir también como un libro introductorio para los académicos que quieran aproximarse al tema.

Con la presente contribución al debate latinoamericano, esperamos sinceramente consolidar aún más nuestro escenario de integración regional y, también, abrir nuevas puertas para que Brasil pueda recibir cooperación internacional, además de brindarla, fomentando lo mejor del proceso actual de globalización: el derribo de barreras, ya sean geográficas, lingüísticas o culturales.

José Eduardo Cardozo
Ministro de Estado de Justicia
Brasil

Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo

La Organización de las Naciones Unidas (ONU) trabaja con el concepto de desarrollo humano desde principios de la década de los noventa. Este concepto se basa en una concepción que va más allá de las condiciones materiales alcanzadas por los seres humanos para promover que se amplíe la percepción del abanico de opciones y oportunidades de los ciudadanos dentro de la sociedad.

En la visión de la ONU, el proceso de desarrollo se encuentra, de esta manera, intrínsecamente ligado a la expansión de los derechos. La democracia —tanto política como social— surge, en este contexto, como uno de los marcos esenciales para el ritmo y la calidad del proceso de construcción de sociedades más justas y equilibradas. Por más difícil que pueda parecer, la transparencia sobre el pasado es indispensable para el ejercicio de la democracia, pues solo trayendo a la luz estos hechos y conociendo los momentos difíciles del pasado, conseguimos hacer la debida justicia sobre ellos.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos fue censurada por el régimen militar brasileño. En aquella época, dicha decisión le confirió al documento un carácter decididamente subversivo por su tentativa de reconocer el valor de cada individuo y de asegurar su protección frente al Estado y a las organizaciones sociales. Este acontecimiento solo refuerza la noción de que el reconocimiento de los derechos humanos y las garantías de acceso a ellos todavía son considerados procesos complejos y revolucionarios en muchos contextos. La evolución de las sociedades implica una evolución de los derechos de sus ciudadanos y corresponde a los propios ciudadanos acompañar y adaptarse a este proceso cíclico e ininterrumpido.

Debido al pasado común, el intercambio de experiencias entre los países latinoamericanos se muestra como una práctica relevante para el proceso de reconocimiento y garantías de derechos. Si, por un lado, América Latina ha trabajado exhaustivamente sobre el tema de la justicia

transicional —mostrándose así como un ejemplo a seguir por el mundo—, por otro lado, aún nos queda mucho por hacer.

Para la familia de la ONU, la justicia transicional es el conjunto de mecanismos usados para tratar el legado histórico de la violencia de los regímenes autoritarios. Entre sus elementos centrales están la verdad y la memoria a través del conocimiento de los hechos y del rescate de la historia. Si el desarrollo humano solo existe de hecho cuando abarca también el reconocimiento de los derechos de las personas, podemos decir que tenemos la obligación moral de apoyar la creación de mecanismos y procesos que promuevan la justicia y la reconciliación. En Brasil, tanto la Comisión de Amnistía como la Comisión de la Verdad se configuran como herramientas vitales para el proceso histórico de rescate y reparación, capaces de garantizar procedimientos más transparentes y eficaces.

Es papel de la ONU, como agente de cambio y de transformación, sensibilizar y predicar, a aquellos que no comparten estos ideales, la importancia de la construcción y del respeto a los derechos humanos, piedra fundamental sobre la cual está edificada la Carta de las Naciones Unidas. Es a través de ese prisma que se deben concretar los ideales de un mundo más justo y pacífico. Justicia, paz y democracia no son objetivos que se excluyan. Al contrario, son imperativos que se refuerzan mutuamente.

De esa manera, la ONU destaca la importancia del presente libro como una obra de referencia sobre la justicia transicional que viene a fortalecer las bases de la democracia nacional, estimulando el debate sobre el tema al mismo tiempo que contribuye a promover una mayor integración regional y un reposicionamiento del país en el escenario mundial en relación con esta temática.

Jorge Chediek
Representante Residente
Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD)
Coordinador Residente
Sistema ONU Brasil

Agencia Brasileña de Cooperación
Ministerio de Relaciones Exteriores
de la República Federal de Brasil

De acuerdo con Amartya Sen, la expansión de la libertad puede ser vista como el principal fin y como el principal medio para el desarrollo. Siguiendo esa idea, el proyecto BRA/08/021 —*Cooperación para el intercambio internacional, desarrollo y ampliación de las políticas de justicia transicional del Brasil*—, implementado en alianza con el PNUD y del cual resulta la presente publicación, es una feliz conjugación de los conceptos de libertad y desarrollo.

Con el objetivo de fortalecer las capacidades de elaboración y ejecución de acciones de la Comisión de Amnistía a través del intercambio de experiencias institucionales en el ámbito de la justicia de transición y en las áreas de educación, ciencia y cultura, con la colaboración en el referido proyecto el Ministerio de Justicia da un gran paso en la confirmación de los objetivos de la cooperación internacional.

Brasil concibe la cooperación técnica internacional como una opción estratégica de alianza, la cual representa un instrumento capaz de producir impactos positivos en las poblaciones, alterar y elevar los niveles de vida, modificar realidades, promover el crecimiento sostenible y contribuir al desarrollo social. Los programas implementados al amparo de la cooperación permiten transferir conocimientos, experiencias exitosas y equipamiento sofisticado, lo cual contribuye a la capacitación de recursos humanos y al fortalecimiento de instituciones del país asociado para posibilitarle un salto cualitativo duradero.

Desde hace por lo menos cuatro décadas, Brasil viene estableciendo alianzas y manteniendo un diálogo provechoso con la comunidad internacional en el campo de la cooperación para el desarrollo. Las alianzas con otros países en desarrollo reciben especial atención, inicialmente a través de capacitaciones por parte de invitados extranjeros y, posteriormente, por medio de proyectos de cooperación técnica, becas e intercambios culturales.

Compartir buenas prácticas y lecciones aprendidas, respetando los diferentes grupos culturales, sociales y políticos de nuestros países asociados en pro del alcance pleno de los derechos humanos, ha sido, desde siempre, el elemento motivador de la política de cooperación Sur-Sur brasileña.

En el panorama actual, Brasil, al afirmarse cada vez más como actor relevante en el proceso de desarrollo internacional, ocupa una posición privilegiada. Por ser considerado un país de renta media, al mismo tiempo que presenta uno de los diez PBI más altos del mundo, nuestro país ha tenido la posibilidad de actuar en dos frentes —como beneficiario y como proveedor de cooperación internacional—. De esa manera, la presente obra —*Justicia transicional: manual para América Latina*— es una síntesis de esos dos roles.

Al compartir su experiencia con el mundo a través de esta publicación que cuenta con autores renombrados y que anhela ser un material de referencia dada su difusión en los tres idiomas de nuestra región, Brasil, una vez más, da muestras de su compromiso para contribuir en la construcción de un futuro donde las libertades en su más amplia expresión sean la tónica.

Marco Farani
Ministro
Agencia Brasileña de Cooperación
Ministerio de Relaciones Exteriores
Brasil

Centro Internacional para la Justicia Transicional

El Centro Internacional para la Justicia Transicional se enorgullece de contribuir a la publicación de este libro y espera que este se convierta en una herramienta útil en América Latina y en otras partes para el desarrollo de políticas eficaces de atención al legado de atrocidades del pasado. Publicada en tres idiomas —portugués, castellano e inglés—, esta obra busca cubrir los principales conceptos y debates sobre justicia transicional, las medidas legales adoptadas en diferentes países, el rol de las iniciativas de la sociedad civil, y las transformaciones institucionales necesarias en una sociedad postconflicto y postautoritaria.

América Latina ha puesto en práctica importantes políticas de justicia transicional que contribuyen decisivamente a la realización de los derechos humanos. Al ocuparse de la herencia de un pasado de violencia, la región demuestra su habilidad para lidiar con desafíos políticos complejos así como para fortalecer la democracia y la paz.

En los últimos años, Argentina y Chile han sentenciado a los autores de crímenes cometidos durante los regímenes militares; Colombia aprobó la legislación que asegura a las víctimas sus derechos a la verdad y a la reparación; Perú llevó a cabo juicios históricos contra el líder dictatorial Alberto Fujimori; y Guatemala recuperó millones de archivos que sacaron a la luz casos en los que la policía estuvo implicada en violaciones de derechos humanos durante el conflicto interno. Uno de los más recientes eventos de justicia transicional es la histórica aprobación en Brasil de la legislación que crea una Comisión Nacional de la Verdad habilitada para investigar los crímenes cometidos por la dictadura militar entre 1964 y 1985.

Con el fin de facilitar la discusión de estas experiencias y destacar las políticas de la justicia transicional que han tomado forma en estos países, el Centro Internacional para la Justicia Transicional junto con la Comisión de Amnistía del Ministerio de Justicia de Brasil, la Agencia de Cooperación Brasileña del Ministerio de Relaciones Exteriores y el Programa Estadounidense para el Desarrollo a través del proyecto

BRA/08/21 —*Cooperación para el intercambio internacional, desarrollo y expansión de la política de justicia transicional del Brasil*— han producido este trabajo, titulado *Justicia transicional: manual para América Latina*.

Esperamos que este libro sirva para generar un mayor diálogo, sinergia y cooperación entre movimientos sociales, funcionarios públicos y la comunidad académica, quienes a su vez deben llevar a un nuevo nivel de eficacia la lucha contra la impunidad y la consolidación de democracias en América Latina.

David Tolbert
Presidente
Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ)
Estados Unidos de América

PREFACIO



DEMOCRATIZACIÓN Y DERECHOS HUMANOS: COMPARTIENDO EXPERIENCIAS DE AMÉRICA LATINA

Paulo Abrão & Marcelo D. Torelly

Al encontrarse con las presentaciones institucionales en este volumen, seguramente el lector ya podrá percibir su dimensión y los principales objetivos de su producción: reunir en una sola obra, disponible en las tres lenguas principales de la región, un conjunto de aportes teóricos y prácticos sobre experiencias de justicia en procesos de transición de América Latina. Suena consonante con tan amplia pretensión, por consiguiente, la figura del lenguaje usada por el ministro de Justicia al comparar la región con un caleidoscopio vibrante donde diversas experiencias singulares componen un riquísimo escenario, algo que la obra procura captar en su momento presente, analizando el contexto histórico precedente.

La propuesta de consolidar una imagen de este caleidoscopio en una obra que reuniera tanto la dimensión teórica que se origina de los aportes académicos al concepto de justicia transicional, como la práctica efectiva en los numerosos países de la región, surge en el interior de un importante trabajo conjunto llevado a cabo a nivel regional por la Comisión de Amnistía del Ministerio de Justicia brasileño, que en sociedad con la Agencia Brasileña de Cooperación y el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo firmó en el 2008 el Programa de Cooperación BRA/08/021. Basado en el intercambio y desarrollo de políticas en aras de la justicia de transición, el proyecto fue viable a lo largo de los últimos cuatro años, durante los cuales profesionales, activistas y académicos de toda la región estuvieron en contacto directo, derribando barreras lingüísticas y sociales. Fue en este intercambio concreto, enfocado primeramente en los países del hemisferio sur y en las agencias y organismos para quienes estaba dirigido, que se identificó la necesidad de una obra con tal alcance y, más aún, la importancia de una edición multilingüe que hiciera viable

el acceso a su contenido prácticamente universal por ciudadanos de todos los países de la región.

A la ejecución del proyecto de cooperación se sumaron diferentes socios. Más de treinta consultores de diferentes países cooperaron para el desarrollo de estudios, investigaciones, audiencias públicas, eventos y seminarios de intercambio. Importantes instituciones académicas como la Universidad de São Paulo (USP), la Universidad del Estado de Río de Janeiro (UERJ), la Universidad de Brasilia (UnB); diversas instituciones del sistema Federal, como la de Rio Grande do Sul (UFGRS), Río de Janeiro (UFRJ), Minas Gerais (UFMG), Paraíba (UFPB), Paraná (UFPR), Goiás (UFG), Pernambuco (UFPE), la Universidad Federal de la Integración Latinoamericana (UNILA), y otras importantes instituciones de enseñanza filantrópicas, como las Pontificias Universidades Católicas de São Paulo (PUCSP), Goiás (PUC-GO), Rio Grande do Sul (PUCRS), entre otras tantas más, abrieron sus puertas a importantes eventos donde el tema de la justicia transicional fue abordado con una perspectiva comparativa, pero también a importantes acciones concretas de reparación, memoria y verdad, como las Caravanas de la Amnistía[1], que condujeron a que las actividades dedicadas a la reflexión sobre procesos de democratización y justicia que les es pertinente tuvieran también una dimensión práctica, rompiendo las fronteras entre la enseñanza, la investigación y la extensión en el ambiente universitario.

Al proceder de esta forma, el proyecto de cooperación integró la acción estatal con el proceso de formulación crítica y producción de conocimientos, pero también conectó tanto el proceso político de reparación como la producción de saberes a una amplia red de acción social. Más de 150 entidades de la sociedad civil contribuyeron al éxito del proyecto, articulando la cooperación internacional y el proyecto de acciones para la educación y la democracia de la Comisión de Amnistía, y permitiendo una más amplia conexión entre entidades históricamente enfocadas en la defensa de los perseguidos políticos y sus familiares, como los diversos Grupo Tortura Nunca Más (GTNM) existentes en distintas unidades de la federación y movimientos como Justicia y Derechos Humanos, a amplios conjuntos de actores institucionales relevantes en el escenario nacional como la Orden de los Abogados del Brasil (OAB), la

1 Para conocer más esta iniciativa, consúltese la sección especial de la *Revista Amnistía Política y Justicia Transicional*, n.° 02 (julio/diciembre 2009), titulada “Las caravanas de la amnistía: un mecanismo privilegiado de la Justicia Transicional brasileña”.

Unión Nacional de Estudiantes (UNE), la Asociación Brasileña de Prensa (ABI), y la Conferencia Nacional de Obispos de Brasil (CNBB).

El desarrollo de esta extensa red de contactos locales, regionales e internacionales llevó a la Comisión y su proyecto de cooperación a acciones activas y relevantes en la región como la participación en las diversas ediciones del Tribunal Internacional para la Justicia Restaurativa en El Salvador, así como a visitas de cooperación a los más variados países de la región, como Argentina, Colombia, Chile, Estados Unidos y Venezuela, y también de Europa, con misiones de cooperación bilateral realizadas en España, Francia, Portugal y el Reino Unido. La proyección internacional permitió que importantes espacios de formación académica y de reflexión latinoamericanistas se abriesen al proyecto con sólidas alianzas conformadas junto a instituciones de relevancia irrefutable como el Centro de Estudios Sociales de la Universidad de Coímbra (Portugal), el Centro de Estudios Latinoamericanos de la Universidad de Oxford (Reino Unido), el Programa de Derechos Humanos de la Universidad Pablo de Olavide (España) y el Centro Brasil del King's College de Londres (Reino Unido), además de amplios foros multilaterales como el Congreso Mundial de la Paz de Caracas (Venezuela, 2008) o el Fórum Mundial de los Derechos del Hombre de Nantes (Francia, 2008 y 2010).

En este proceso de formación de redes de cooperación aparece como socio privilegiado el Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ, por sus siglas en inglés). El ICTJ, que ya actuaba en Brasil en cooperación con el Ministerio Público Federal de São Paulo, pasó, a partir del 2008, a trabajar con la Comisión de Amnistía, participando en aquel año como patrocinador del *I Congreso Latinoamericano de Justicia Transicional* y del *I Encuentro de Comisiones de Reparación y Verdad de América Latina*, ambos realizados en la ciudad de Río de Janeiro, en colaboración con la UERJ y el Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (CLACSO). En el 2009, como producto de la asociación entre el ICTJ y la Comisión de Amnistía, realizada por medio del BRA/08/021, surgió el *1° Curso Internacional de Justicia Transicional*, que reunió a actores sociales y gubernamentales de quince diferentes países para una capacitación intensiva de tres días, lo cual permitió que el programa se articulara por primera vez con países del África, sobre todo Sudáfrica y países de lengua portuguesa del continente. La transferencia del *know how* producida por esta actividad hizo viable la ulterior realización de otras dos ediciones del curso en el ámbito nacional, una dirigida a funcionarios públicos y universitarios, realizada en Brasilia-DF en colaboración con

el Centro Universitario de Brasilia (UniCEUB), y otra para abogados de causas sociales, realizada en Luziânia-GO, junto con la Red Nacional de Abogados Populares (RENAP).

Como secuencia de este exitoso trabajo conjunto se firmó una nueva asociación en el 2010 con un amplio número de objetivos, entre los cuales figura la realización del *II Congreso Latinoamericano de Justicia Transicional*, que se llevó a cabo en julio pasado junto con el Tribunal Superior de Justicia (STJ) y la Universidad Católica de Brasilia (UCB), la constitución de un observatorio internacional sobre justicia transicional, en asociación con diversas universidades y entidades sociales de América Latina, y la publicación de un conjunto de materiales que incluyen el presente trabajo.

Dividido en cuatro partes, este *Manual para América Latina* se inicia con la conceptualización del propio campo de la justicia transicional, publicando nuevamente algunos de los textos medulares de introducción a la materia. Tal conceptualización presenta algunos de los dilemas más relevantes del campo, como la aparente conflictividad entre medidas políticas y jurídicas, la dificultad de proporcionarles satisfacción a las víctimas sin violar los derechos de los perpetradores, la complejidad resultante de la doble naturaleza jurídica y moral, de muchas de las medidas transicionales, entre otros. Además, permite la reconstrucción histórica del andamiaje normativo que da forma a la comprensión actual del concepto y la extensión de la justicia transicional, la cual caracteriza el debate (muy desarrollado desde la década de los ochenta) sobre los procesos de democratización.

La segunda parte del *Manual* se enfoca en el análisis de la problemática de la implementación de medidas de justicia, sus desafíos y potencialidades. Enfocando diferentes medidas de responsabilidad, analiza el ámbito del derecho local, del derecho internacional y del derecho humanitario, presentando la contribución de la experiencia latinoamericana, considerada líder en juicios por violaciones contra los derechos humanos[2], lo cual lleva a renombrados autores internacionales a considerar la región una de las fuentes de una verdadera "cascada de justicia"[3], tanto en lo que dice con respecto al desarrollo jurisprudencial y

2 Olsen, Tricia; Payne, Leigh A.; Reiter, Andrew. "Equilibrando Julgamentos e Anistia na América Latina: perspectivas comparativa e teórica". En: *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*. Brasilia: Ministerio de Justicia, n.° 02, (julio/diciembre 2009).

3 Véase Katrhyn Sikkink. *The Justice Cascade: How Human Rights Prosecutions Are Changing World Politics*. Nueva York: W. W. Norton & Company, 2011.

teórico de la materia, como en lo que concierne tópicamente a la cuestión de las amnistías. En la región, a lo largo de los años, se decretaron diversas amnistías con diferentes niveles de aceptación y reconocimiento legal, lo que permite que, del contraste entre las diferentes formas de amnistía emprendidas, se establezcan pautas orientadoras.

La tercera parte de la obra es una reflexión acerca de las experiencias en el campo de la memoria y de la verdad. La estructuración del tipo normativo "derecho a la memoria y a la verdad" es producto de un proceso político latinoamericano. Si en algunos temas de derechos humanos la universalidad de la norma imperativa se confunde con una supuesta fundamentación metafísica del derecho, en el campo de la memoria y de la verdad la insurgencia del tipo normativo claramente afluye de un proceso político de disputa social del derecho. Aquí tenemos, por lo tanto, una ejemplificación elemental de aquello que Joaquín Herrera Flores definió como la construcción social de un derecho fundamental[4], el cual nos permite comprender en un contexto concreto las interrelaciones entre derecho, cultura y política que se evidencian de manera latente en los procesos de consolidación democrática después de regímenes autoritarios.

Finalmente, la obra desarrolla el tema de las reparaciones y las reformas institucionales. Aquí es latente la conexión entre justicia transicional y desarrollo, señalada en sus presentaciones por el representante residente del Sistema ONU en Brasil y por el ministro director de la Agencia Brasileña de Cooperación.

Partiendo de una estructuración general de la conexión entre justicia y reparación, el conjunto de textos llega a la correlación entre reparaciones y desarrollo pasando por dos estudios concretos: un estudio comparativo latinoamericano y un estudio en profundidad del programa brasileño de reparaciones.

Como producto final, el conjunto de la obra puede servir para situar al gestor público o al estudioso que se aproxima por primera vez a cualquiera de los temas componentes de estas cuatro grandes secciones, así como también puede convertirse en términos generales en un gran libro de texto que presenta y discute el panorama actual de los mecanismos emprendidos para transformar el conjunto de democracias que O'Donnell

4 Herrera Flores, Joaquín. *A (re)Invenção dos Direitos Humanos*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

y Schmitter clasificaron en los años ochenta como “inciertas”[5], en el actual caleidoscopio latinoamericano, con sus éxitos, asimetrías y debilidades.

La obra toma como perspectiva general un concepto amplio de *democracia*, lo cual permite incorporar la crítica a una parte de la literatura sobre el tema que entiende la democracia como un fin y no como un proceso y restringe así el alcance de aquello que se pretende lograr[6]. Es por esta razón que evita “clasificar” las diferentes formas de organización política democráticas originadas en los distintos procesos políticos de la región sin dejar, por otro lado, de apuntar los aspectos positivos de cada proceso. Considerando el proceso de *generación de mecanismos democratizadores* parte del propio proceso democrático, se puede comprender la génesis política de los procesos sociales y, de ese modo, diagnosticar mejor los déficits, lo que facilita la elección de estrategias que permitan hacerles frente y superarlos.

El caso brasileño es fundamental en ese aspecto: la dictadura brasileña fue típicamente una dictadura civil-militar con amplia adhesión de las instituciones del sistema de justicia al aparato de la represión, lo cual legó un modelo de “autoritarismo legalista”[7]; en este modelo, el número de víctimas de muerte y desaparición forzada en Brasil fue significativamente menor que en algunos países vecinos[8]. No obstante, se usaron otros métodos de represión institucional con el consiguiente aniquilamiento de diversas organizaciones políticas de la sociedad al forzar a sus miembros a la ilegalidad o al exilio, a lo que se sumó un complejo mecanismo de represión en el ambiente estudiantil y laboral que hacía inviable el proyecto de vida de los perseguidos. Tal proceso alcanza su ápice al final de la década de los setenta e inicios de los ochenta, cuando el período más violento de la represión ya había eliminado

---

5 O’Donnell, Guilhermo y Philippe Schmitter. *Transition from Authoritarian Rule: Tentative Conclusions about Uncertain Democracies*. Baltimore: The John Hopkins Univeristy Press, 1986.

6 Véase, por ejemplo: MacDowell dos Santos, Cecília. “Questões de Justiça de Transição: a mobilização dos direitos humanos e a memória da ditadura no Brasil”. En: Boaventura de Sousa Santos, Paulo Abrão, Cecília Macdowell Santos y Marcelo D. Torelly (orgs.). *Repressão e Memória Política no Contexto Ibero-Americano*. Brasilia/Coímbra: Ministerio de Justicia/Universidad de Coímbra, 2010.

7 Véase Pereira, Anthony. *Ditadura e Repressão: autoritarismo e estado de direito no Brasil, Chile e Argentina*. São Paulo: Paz e Terra, 2010.

8 Mientras que en Brasil el número de muertos y desaparecidos políticos se estima en 400, aproximadamente, en Argentina los números oscilan entre nueve y treinta mil, y en Chile se habla de más de tres mil muertos.

una gran parte de la resistencia armada[9], y el régimen militar se había dirigido de manera radical contra la lucha de los movimientos obreros, que sumando fuerzas con la resistencia política previa y con el acervo de movimientos sociales de lucha por la amnistía y contra la dictadura, acabaría por generar suficiente presión social para garantizar el éxito del proceso de democratización.

En este escenario, a pesar de los enormes esfuerzos y logros obtenidos por los familiares del centenar de muertos y desaparecidos políticos[10], la mayor fuerza reivindicatoria en la pauta de la transición brasileña fue la de los movimientos sindicales y de trabajadores, enfocados primeramente en la búsqueda de la reparación, la verdad y la memoria. Fue con el desarrollo del proceso de reparación, sin embargo, que las innumerables violaciones cometidas contra decenas de millares de brasileños salieron a la luz, lo que permitió no solo una mayor movilización social para que toda la verdad sobre el período se diera a conocer sino también para que se adoptaran las medidas de justicia. Más aún: es este movimiento, que se inicia en el proceso de reparación, el que permitirá que las pautas históricas de reivindicación de los familiares de fallecidos y desaparecidos crezcan y ganen mayor apoyo social con la ampliación de la escala de visibilidad dada a las violaciones y por consiguiente la mayor aceptación social de que la versión histórica que tales movimientos defendían desde la década de los setenta es correcta, puede ser corroborada por cientos de perseguidos vivos cuyos testimonios fueron reconocidos en el proceso de reparación (al haber sido también ellos blanco de diversas torturas y violaciones graves de los derechos humanos), y debe dar lugar a otros derechos además del derecho ya concedido a tener reparación o compensación por el daño.

La lectura de tal proceso, desde su perspectiva concreta (y no desde un modelo ideal), permite diferenciarlo radicalmente de otros como el proceso chileno, donde la lucha por la memoria y la verdad será el vector original que, al desarrollarse, generará el éxito de las pautas reivindicatorias por justicia y reparación, o como el proceso argentino, marcado por un desarrollo normativo que Zalaquett metafóricamente

---

9 Es a esta época que se remontan los hechos de violencia que llevaron a la condena del Estado brasileño en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Gomes Lund y otros vs. Brasil*, actualmente en la fase de ejecución nacional.

10 Producto de esta presión es, por ejemplo, la aprobación aún en 1995 de una legislación específica que establece una Comisión Especial para reconocer muertos y desaparecidos por persecución política que indemnice a las familias.

define como “en zigzag”[11], donde los avances y retrocesos se suceden mostrando la permeabilidad entre derecho y política y las tensiones amplificadas típicas de los procesos transicionales.

Seguramente en estos dos casos arquetípicos que sin duda representan los ejemplos de países que más han avanzado en las pautas transicionales en la región, se puede identificar un *input* diferente para el proceso transicional, que se relaciona con el tipo de violaciones más habitualmente practicadas por el régimen, el *modus operandi* de la articulación social de la demanda por justicia transicional, y la capacidad de los propios Estados para reaccionar a tales demandas, sin que eso permita establecer, al final, que un régimen represivo dado haya sido más “blando” que otro: simplemente se utilizaron métodos diferentes.

Las varias formas de lucha social ante los diferentes conjuntos de violaciones y métodos represivos pasados son, por lo tanto, altamente relevantes para el desarrollo de la justicia transicional, y son esas luchas las que hacen posible que en diferentes países se fortalezcan y se desarrollen primeramente ciertos conjuntos de derechos (toda vez que la constitución de tales derechos resulte de procesos sociales concretos). De ahí el importante papel de los organismos y tribunales internacionales que, dando lectura a tales procesos, definen las pautas mínimamente aceptables en las transiciones, así como permiten el intercambio de experiencias exitosas y, también, el apoyo al desarrollo de la lucha política por la consolidación de diferentes derechos en distintos escenarios concretos que favorezcan la actuación de los agentes sociales en la disputa prodemocrática.

Porque creemos en esta dinámica en la que las luchas sociales contribuyen a la democracia permitiendo la estructuración de nuevos derechos y en la que los nuevos derechos, los “derechos de la transición”, se puedan compartir, consolidando nuevos niveles de desarrollo humano e institucional, y también porque creemos que los procesos políticos y las políticas públicas obtenidas en un país pueden, mediante un análisis comparativo, producir reflexiones capaces de generar aprendizajes, es que tenemos la seguridad de que el presente trabajo será útil no solo para el ejercicio intelectual sobre justicia transicional (algo que ya de por sí sería de gran valor), sino también para el intercambio de experiencias

11 Zalaquett, José. “Verdade e Justiça em perspectiva comparada: entrevista à Marcelo D. Torelly”. En: *Revista Anisita Política e Justiça de Transição*. Brasilia: Ministerio de Justicia, n.° 04 (julio/diciembre 2010).

concretas, el mejoramiento de las políticas públicas en curso y, además una mejor fundamentación de las pautas normativas emergentes, que se vienen desarrollando en varios tribunales nacionales e internacionales y que permiten que América Latina sea hoy en día una región del mundo que se afirma como lugar de ampliación y desarrollo de la democracia y de los derechos humanos, superando el trágico proceso histórico legado por los años de autoritarismo.

Esperamos, por lo tanto, que el compartir esta obra, como todos los demás resultados de nuestro programa de cooperación, ayude no solo a Brasil, sino también a todos los países de la región y a otros que se vean reflejados en ella, fortaleciendo, en último análisis, las experiencias democráticas en su pluralidad.

Brasilia, noviembre de 2011

Paulo Abrão
Secretario Nacional de Justicia
Presidente de la Comisión de Amnistía
Ministerio de Justicia

Marcelo D. Torelly
Director de BRA/08/021
Comisión de Amnistía
Ministerio de Justicia

INTRODUCCIÓN



Desde inicios de la década de 1980, los países de América Latina han experimentado diversos procesos de transformación política. Hablando en términos generales, ese cambio ha consistido en el paso de regímenes autoritarios a regímenes democráticos. En algunos casos específicos —tales como los de Guatemala y El Salvador— se ha tratado de procesos de pacificación después de confrontaciones armadas de tales proporciones que alcanzan el apelativo común de “guerra civil”.

Tales transformaciones han sido ampliamente estudiadas por especialistas en ciencias políticas. Estos se han interesado específicamente en entender cuáles son los juegos de fuerza y las constelaciones de oportunidades que permiten o determinan el repliegue de los actores autoritarios o armados y que abren camino a la restauración del juego democrático o de la paz[1]. A partir de esas interrogantes, se ha generado toda una corriente de reflexión acerca de las condiciones que permiten no solamente las transiciones políticas sino también la consolidación de la democracia en la región, entendida como ese momento en el que el juego con las reglas del Estado de derecho es el único posible[2].

Sin negar la importancia de entender esos procesos, hay que señalar que las transiciones aludidas poseen una dimensión crítica que desborda, sin anularlo, el horizonte de la negociación y la competencia política. Este horizonte es el problema humanitario y los retos en la construcción del Estado de derecho creado por el carácter represivo de los Gobiernos autoritarios y por las prácticas de abuso contra la población desplegadas

---

1 Es emblemático al respecto el estudio conducido por Guillermo O’Donnell y Philippe C. Schmitter sobre transiciones desde Gobiernos autoritarios. Véase en particular: O’Donnell, Guillermo y Ph. Schmitter. *Transiciones desde un Gobierno autoritario: conclusiones tentativas sobre las democracias inciertas.* (1989). Buenos Aires: Prometeo, 2010.

2 Véase Linz, Juan y Alfred Stepan. “Toward Consolidated Democracies”. En: Larry Diamond y otros (eds.). *Consolidating the Third Wave Democracies. Themes and Perspectives.* Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 1997.

habitualmente por los actores enfrentados en conflictos armados. En ambos casos, nos referimos a una acumulación de violaciones de derechos humanos que suelen ser el legado ominoso de dictaduras militares como las sufridas en Brasil, Argentina o Chile y de conflictos armados internos como los experimentados por Guatemala, El Salvador, Perú o Colombia.

Así, los retos y deberes que las sociedades que emergen del autoritarismo o de la violencia armada afrontan no son, solamente, los relativos al logro de una transición efectiva en términos de institucionalidad política; son, también, y centralmente, tareas referidas a la provisión de medidas de justicia frente a las víctimas de violaciones de derechos humanos, al esclarecimiento y el reconocimiento colectivo y crítico de los hechos del pasado, y en última instancia, a la creación de condiciones para una paz sostenible. Tales tareas constituyen el campo de la justicia transicional —o justicia en las transiciones— sobre el cual se brinda un conjunto de descripciones, explicaciones, reflexiones y miradas de experiencias varias en esta publicación titulada *Justicia transicional*, la cual presentamos en su subtítulo, de manera figurada, como un *Manual para América Latina*.

Es intención de este libro el dialogar con la amplia y creciente comunidad de profesionales, funcionarios públicos, activistas y académicos que se dedican en nuestra región a promover las tareas de confrontación del pasado autoritario o violento de sus respectivos países. América Latina se ha convertido, en efecto, en las últimas décadas en uno de los territorios más dinámicos en la búsqueda de caminos para la justicia transicional.

Ello no se debe solamente, para señalar algo evidente, a la desventurada historia contemporánea de la región, signada por dictaduras sangrientas y múltiples formas de violencia colectiva; el dinamismo de este campo de demandas, prácticas y estudios en la región obedece también a un cambio positivo en nuestra concepción de la democracia: una comprensión más exigente y abarcadora, que no se resigna ya a entenderla como un abstracto equilibrio institucional, sino que demanda de ella el proveer una genuina experiencia de ciudadanía a la población. Es decir, una experiencia de inclusión, de ejercicio real de derechos y de respeto por parte del Estado y de la sociedad. Un elemento central de tal exigencia es, desde luego, el cumplimiento de la deuda de justicia con quienes en el pasado han sido víctimas de violaciones de derechos humanos y otras formas de afectación de sus derechos fundamentales por la acción del Estado o de organizaciones no estatales.

1. Una tradición latinoamericana

Se ha dicho líneas arriba que si la justicia transicional es una demanda en ebullición en América Latina, ello es por la atribulada historia política contemporánea de la región. Pero sería justo recordar que sin olvidar esa realidad de autoritarismo y violencia, América Latina también puede considerarse poseedora de una tradición en materia de verdad y memoria mediante experiencias pioneras en la búsqueda de justicia en los procesos de restauración de la democracia o de la paz.

La historia contemporánea de la región se encuentra, en efecto, signada por un autoritarismo recurrente y por múltiples formas de conflagración desencadenadas, en lo que respecta al pasado reciente, por la tensión entre movimientos revolucionarios y políticas contrainsurgentes.

En cuanto al autoritarismo, la región vio a lo largo del siglo XX el tránsito de pintorescas y brutales dictaduras personales encarnadas por caudillos carismáticos al modelo de las dictaduras institucionales, de signo militar, como las que se experimentaron en Brasil, Argentina, Chile y Uruguay durante las décadas de 1970 y 1980. Más efectivas y por tanto más terribles en la organización de políticas represivas, estas dejaron en sus respectivos países un legado atroz de asesinatos y masacres, desapariciones forzadas y diversas formas de tortura, legado que todavía no ha sido cabalmente respondido en términos de justicia y reparaciones. No ha de excluirse del recuento de esas prácticas abusivas, institucionalmente desarrolladas y largamente impunes, el exilio forzado y la prisión arbitraria, ni mucho menos la violencia sexual ejercida mayormente contra mujeres.

Esas dictaduras autodenominadas “reorganizadoras” y a veces “salvadoras” se conjugan con otro hecho central en el último medio siglo latinoamericano: la ola revolucionaria con uso de la violencia armada que recorrió la región desde la década de 1960 bajo el influjo, como es bien sabido, de la Revolución cubana de 1959. Múltiples formas de desafío armado al orden estatal se desencadenaron en casi todos los países de la región describiendo un arco que va desde la estrategia guerrillera hasta la práctica del terror.

Esa diversidad se ha expresado, también, en una pesada herencia de violaciones de derechos humanos y otras formas de abuso. En algunos casos se ha tratado de procesos en los que el Estado y su estrategia contrainsurgente aparecen como el principal responsable de graves y masivos crímenes como en Argentina, Brasil, Chile, Guatemala o El

Salvador. En otros casos, como los de Perú y Colombia, además de la acción estatal, se pone en evidencia también la amplia responsabilidad de las organizaciones armadas no estatales en la comisión de atrocidades contra la población.

La recuperación de la democracia y los procesos de pacificación dieron lugar al temprano florecimiento de iniciativas de confrontación del pasado en la forma que después se haría conocida ampliamente con el nombre de *comisiones de la verdad*. La Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (CONADEP) que investigó los crímenes de la dictadura militar argentina de los años 1976-1983 puede ser considerada una experiencia inaugural de la búsqueda oficial de verdad no solamente en América Latina, sino a escala mundial. En su estela se han multiplicado, en la región, una docena de comisiones oficiales y muchas otras iniciativas lideradas por la sociedad civil.

Al lado de ese dinamismo en la búsqueda oficial y no oficial de la verdad, otras formas de justicia transicional se han multiplicado en la región, entre ellas, diversos programas de reparación a las víctimas como los que se desarrollan en Brasil, Chile y el que empieza a llevarse a cabo en Colombia.

Al mismo tiempo, memoria, verdad y reparaciones se vienen conjugando, en términos de justicia, con la maduración y robustecimiento del sistema regional de protección de los derechos humanos encarnado en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Una jurisprudencia ya nutrida producida por la CIDH en materia de violaciones de derechos humanos por los Estados parte ha ido constituyendo un marco normativo con fuerza legal para el tratamiento penal de crímenes y el resarcimiento de las víctimas.

Este desarrollo institucional no ha sido fácil ni se ha producido en una línea de progresión lineal. Como la experiencia argentina lo ha mostrado, la búsqueda de justicia sigue un camino accidentado en el que se atraviesan momentos de revelación de verdad, ejercicio de la justicia penal, mecanismos de impunidad y nuevos desarrollos normativos y jurisprudenciales que abren el camino para la sanción judicial de graves delitos. Al mismo tiempo, experiencias como las de Brasil y Uruguay, hasta el momento, dan testimonio de la persistencia de obstáculos *de jure* y *de facto* para la provisión de remedio efectivo para las víctimas.

Al mismo tiempo, es apropiado reiterar —pues el sentido de esta publicación está fuertemente asociado a ello— que esos desarrollos institucionales han impulsado expectativas y demandas de justicia en el seno de la sociedad civil. Organizaciones no gubernamentales, organizaciones de víctimas, colectividades académicas, agrupaciones políticas e incluso agencias o entidades específicas dentro de los propios Estados son voceras de esa demanda, con el apoyo intermitente de la sociedad en general y de los medios de comunicación masiva. Tenemos, pues, una aspiración renovada de justicia transicional en América Latina. Esta publicación quiere contribuir a hacer más viable su realización.

2. Justicia transicional: prácticas y fundamentos

Desde luego, esta realidad latinoamericana de avances y demandas en verdad y justicia no ocurre de manera aislada. Al contrario, ella se entreteje con una amplia experiencia internacional iniciada con los juicios de Núremberg y consolidada con la aprobación de un extenso marco legal convencional que proscribe los más graves crímenes internacionales: el genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad.

En efecto, si bien cada sociedad experimenta en forma distinta la interacción de las transiciones políticas y las demandas de justicia, es innegable que —más allá de los casos individuales— está la emergencia de un *paradigma humanitario:* una preocupación por la protección y el respeto de la dignidad humana como valor universal e inherente a la especie, y la convicción de que ese valor no puede ser postergado en ningún caso, y que constituye una aspiración civilizatoria constante en la historia universal[3].

Como se explica en varios de los textos incluidos en esta publicación, la semilla que fueron los procesos penales y legislativos posteriores a la Segunda Guerra Mundial ha germinado integrando no solamente desarrollos jurídicos para el procesamiento de crímenes internacionales, sino también otras prácticas institucionales y sociales para dar lugar al campo de la justicia transicional.

Comisiones de la verdad, tribunales de justicia nacionales, internacionales o mixtos, programas administrativos de reparaciones a víctimas o afectados, iniciativas oficiales de conmemoración, instancias

3 Véase el amplio panorama presentado en Elster, Jon. *Closing the Books. Transitional Justice in Historical Perspective.* Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

de reconciliación nacionales o comunales, mecanismos estatales de búsqueda de personas desaparecidas: tales son algunas de las manifestaciones concretas en las que se articula contemporáneamente la justicia transicional. Y paralelamente a ellas —y a menudo planteando nuevas relaciones entre sociedad, Estado nacional y comunidad internacional— se ha desencadenado una notoria movilización social abocada a la práctica del recuerdo, a la elaboración de propuestas para un adecuado resarcimiento por los daños sufridos, a la reivindicación de la diversidad étnica y de género en la vivencia del horror y la resistencia a él, y, en fin, a la conmemoración y a la reafirmación de la propia dignidad.

Se trata de instituciones, prácticas, políticas, normas y mecanismos que guardan una notoria diversidad interna, es decir, dentro de cada país, y también externa, esto es, entre los diversos países que se deciden a confrontar el pasado violento. No todas ellas logran encajarse en una gran unidad coherente y todavía se experimentan muchos desajustes en la puesta en práctica de estas políticas. Así, una de las primeras lecciones por ser aprendidas es que no existen recetas universalmente aplicables y que el cotejo de diversas experiencias internacionales puede brindar aprendizajes, guías, lineamientos, precauciones, pero nunca un programa listo para ser aplicado.

No obstante, una adecuada comprensión del campo de la justicia transicional —y de las oportunidades y exigencias que vienen con él— reclama ir más allá de la sola constatación de su amplia diversidad. Si los mecanismos en los que la justicia transicional se encarna son muy diferentes, y a veces no completamente conciliables, ello no significa que sea un territorio librado solamente al ensayo y error ni que esté completamente subordinado a las circunstancias y a las posibilidades institucionales y políticas.

Al lado de las obvias restricciones o condiciones políticas que rodean todo esfuerzo de justicia, existe un fundamento axiológico, un eje de principios y de valores, y un conjunto de normas legales básicas que definen lo legítimo: las obligaciones legales mínimas que todo Estado debe asumir.

Esta base fundamental de la justicia transicional es la que surge, por un lado, de los desarrollos jurídicos normativos en materia de derecho internacional y, por otro lado, de la sistematización e integración normativa de las prácticas óptimas desarrolladas por diversos países para combatir la impunidad y brindar medidas de justicia a las

víctimas. Son documentos de referencia fundamental en ese campo las sistematizaciones producidas en el marco de las Naciones Unidas por Louis Joinet[4] y Diane Orentlicher[5] sobre formas de combatir la impunidad, y de Theo Van Boven[6] sobre los estándares para las reparaciones a las víctimas. Documentos de este género y otros, que incorporan entre diversas fuentes las propias prácticas acumuladas en materia de verdad y justicia, delimitan y especifican una estructura normativa, lógica y ética para la confrontación del pasado autoritario o violento. Posiblemente, la formulación más concreta y efectiva de este e*spíritu subyacente* a la justicia transicional sea la afirmación de los derechos de las víctimas a verdad, justicia, reparaciones y garantías de no repetición.

3. Una guía de conceptos, normas y prácticas

El propósito de esta publicación —*Justicia transicional: manual para América Latina*— se atiene rigurosamente a esa compleja condición: reconoce y expone la diversidad de los caminos para la búsqueda de la justicia, pero al mismo tiempo afirma la unidad de propósitos de esa búsqueda, centrada en claros principios jurídicos y morales.

No se ofrece aquí un imposible recetario para los practicantes y estudiosos de la justicia transicional en los diversos países de la región. Más aún, la disposición misma de la publicación rechaza esa posibilidad e invita a sus lectores a asumir una aproximación reflexiva, y por tanto, creativa, frente a las tareas derivadas de la agenda de verdad y justicia en América Latina. Los trabajos de los prestigiosos estudiosos que aquí se reúnen ponen en evidencia los avances conceptuales y prácticos obtenidos en este campo y ofrecen, así, al lector interesado una gama diversa de caminos por los cuales transita la búsqueda de la justicia.

---

4 ONU - Comisión de Derechos Humanos. “La cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (civiles y políticos)”. Informe final elaborado por Louis Joinet, 1997.

5 ONU - Comisión de Derechos Humanos. “Conjunto de principios actualizados para la lucha contra la impunidad”. Informe de la experta independiente Diane Orentlicher a la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, 2005.

6 ONU - Comisión de Derechos Humanos. “El derecho de restitución, indemnización y rehabilitación de las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos y las libertades fundamentales”. Informe final del relator especial, señor M. Cherif Bassiouni, 2000. Véase en anexo el documento de Theo van Boven titulado “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”.

Por otro lado, los artículos aquí reunidos afirman los fundamentos éticos, normativos y políticos básicos del campo, rechazando así, de manera implícita, una concepción laxa de la justicia transicional que resulte excesivamente concesiva a las realidades políticas prácticas y avara respecto de las expectativas de las víctimas.

Con ese propósito, el libro se despliega en una estructura sencilla que sigue el hilo de los derechos de las víctimas a la verdad, justicia, reparaciones y reformas que garanticen la no repetición de los hechos.

En una primera sección —"Conceptos y debates sobre la justicia transicional"— se ofrecen definiciones esenciales del campo y visiones del itinerario seguido hasta su afirmación como un paradigma para aproximarse a las transiciones políticas y a los proyectos nacionales e internacionales de afirmación de la paz. No es marginal en este itinerario el encuentro entre las primeras manifestaciones de la justicia transicional como esfuerzos alternativos o paralelos a la justicia impartida por tribunales y las actuales concepciones en las que la lucha contra la impunidad y, por tanto, el efectivo ejercicio de la persecución penal han conquistado un puesto central. Los trabajos de Paul van Zyl, Paige Arthur, Ruti Teitel y Naomi Roht-Arriaza ofrecen, así, un encuadramiento histórico y conceptual indispensable para toda discusión sobre esta materia.

La segunda sección se titula "Procesamientos judiciales y otras medidas de justicia" y enfatiza, en particular, el cumplimiento del derecho a la justicia y la obligación legal que todo Estado tiene de investigar y castigar los más graves crímenes. Esa obligación, y las formas en que ella puede ser cumplida, se encuentran íntimamente asociadas a la evolución reciente del derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional humanitario y cuerpos normativos como el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Ello no se refiere únicamente a las normas producidas en estos campos sino también a los desarrollos doctrinarios en materia de atribución y demostración de responsabilidades penales y nuevas formas de considerar la evidencia suficiente, todo ello al servicio de un más efectivo combate a la impunidad. Los artículos de Juan Méndez, Elizabeth Salmón, Santiago Canton, Pamela Pereira y Jo-Marie Burt ilustran sobre la fuerza de esa obligación de las acciones judiciales, la inviabilidad jurídica de las llamadas "auto-amnistías" y otros instrumentos *de jure* y *de facto* de impunidad.

Verdad y memoria constituyen el punto de partida lógico —y en muchos países cronológico— de los esfuerzos en materia de justicia

transicional. El reconocimiento de la verdad sobre los hechos criminales del pasado, y la adopción de tal verdad en la esfera pública, es la plataforma desde la cual se pueden formular con pretensiones de éxito las demandas de las víctimas. Más aún, es en esa práctica de verdad y memoria donde grupos de población que han sido objeto de abuso "descubren" su condición de víctimas, en el sentido de ser titulares de acreencias específicas frente al Estado. Se trata, sin embargo, de realidades complejas en las que se conjugan definiciones filosóficas, prescripciones jurídicas y prácticas sociales que en no pocas ocasiones desbordan toda predefinición normativa.

La tercera sección de este libro, "El derecho a la verdad y el papel de la memoria", ofrece tres visiones del tema mediante los trabajos de Eduardo González, Félix Reátegui y Ludmila da Silva. En ellos se encontrará una reseña del camino seguido por ese mecanismo ya típico de la justicia transicional denominado "comisiones de la verdad" y sus perspectivas de vigencia y efectividad en el futuro, así como reflexiones sobre el significado social de las prácticas de memoria y, tema de importancia crítica y muchas veces descuidado, el de los medios para la reconstrucción de la verdad y la memoria, en este caso, los archivos o registros.

Finalmente, están las otras medidas de justicia en términos de resarcimientos a las víctimas y de garantías de que los terribles abusos del pasado no se repetirán. La última sección de este *Manual* lleva, por ello, el título de "Reparaciones y reformas institucionales", y muestra el marco normativo de las reparaciones y las formas que ellas deben adquirir para ser consideradas verdaderas medidas de justicia, explora la trayectoria de los programas de reparación en casos nacionales, entre ellos, en Brasil, y examina los necesarios vínculos entre las reparaciones y objetivos más amplios de transformación social como aquellos propios del desarrollo. A esos fines se dirigen los trabajos de Pablo de Greiff, Cristián Correa, Paulo Abrão y Marcelo Torelly, y Naomi Roht-Arriaza y Katharine Orlovsky.

De la lectura de estos diversos trabajos quedará en claro que el campo de la justicia transicional, siendo múltiple, variado, y hallándose en un proceso de permanente afirmación, nos ofrece ya, también, algunas certezas y nos plantea algunos compromisos esenciales. Hoy se sabe mejor, por el cotejo de diversas experiencias, a qué debemos llamar un proceso de búsqueda de verdad genuinamente respetuoso de los derechos de los afectados y beneficioso para la sociedad en general. Del mismo

modo, hoy están asentados en la comunidad internacional estándares fundamentales para el trabajo de los tribunales y para la formulación y ejecución de todo programa de reparaciones.

La existencia de tales estándares, y sobre todo su conocimiento por la sociedad civil, hace más difícil que Estados o Gobiernos reduzcan su actuación a compromisos superficiales y demanda políticas efectivas. El conocimiento de las normas básicas, el acceso a las diversas experiencias, y el saberse parte de una tendencia universal pueden fortalecer la movilización social ya existente en América Latina y ayudarla a transformar un pesado legado de violencia en una nueva realidad de paz y justicia sostenibles. A ello desea contribuir *Justicia transicional: manual para América Latina.*

Félix Reátegui
Editor

PARTE I
CONCEPTOS Y DEBATES SOBRE LA JUSTICIA TRANSICIONAL



PROMOVIENDO LA JUSTICIA TRANSICIONAL EN SOCIEDADES POST CONFLICTO*

Paul van Zyl

1. Introducción

La justicia transicional se entiende como el esfuerzo por construir paz sostenible tras un período de conflicto, violencia masiva o violación sistemática de los derechos humanos. El objetivo de la justicia transicional implica llevar a juicio a los perpetradores, revelar la verdad acerca de crímenes pasados, brindar reparaciones a las víctimas, reformar las instituciones abusivas y promover la reconciliación. Lo anterior exige un conjunto incluyente de estrategias diseñadas para enfrentar el pasado así como para mirar hacia el futuro con el fin de evitar la recurrencia del conflicto y las violaciones. Dado que con frecuencia las estrategias de justicia transicional se diseñan en contextos en los que la paz es frágil o los perpetradores conservan un poder real, se deben equilibrar cuidadosamente las exigencias de la justicia y la realidad de lo que es factible lograr a corto, mediano y largo plazo.

A lo largo de la última década, el campo de la justicia transicional se ha ampliado y desarrollado en dos sentidos importantes. En primer lugar, los elementos de la justicia transicional pasaron de ser un imaginario al cual se aspira a expresar obligaciones legales vinculantes. El derecho internacional, encarnado particularmente en organismos tales como

* Artículo publicado originalmente en Van Zyl, Paul. “Promoting Transitional Justice in Post-Conflict Societies”. *Security Governance in Post-Conflict Peacebuilding*, Alan Bryden y Heiner Hänggi (eds.), DCAF, Ginebra, 2005. La versión en español fue publicada previamente en *Verdad, memoria y reconstrucción: estudios de caso y análisis comparado*, Mauricio Romero (org.), Bogotá: ICTJ, 2008. © 2005 Lit-Verlag. Traducido y publicado con permiso.

el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Humanos, evolucionó durante los últimos veinte años hasta el punto de que hoy día existen estándares claros relativos a las obligaciones de los Estados con respecto a la forma de enfrentar las violaciones de los derechos humanos, así como prohibiciones como en el caso de las amnistías generales cuando se trata de crímenes internacionales. Esto ha sido respaldado por la ratificación de la Corte Penal Internacional (ICC, por sus siglas en inglés) por más de cien países, lo cual ha reforzado las obligaciones existentes y ha creado nuevos estándares ya que exigen a cada signatario que responda de manera adecuada a las violaciones de los derechos humanos, so pena de enfrentar una acción legal por parte de la Corte. En octubre de 2004, cuando el Secretario General de la ONU presentó al Consejo de Seguridad un informe en el que se exponía por primera vez el enfoque de las Naciones Unidas acerca de las cuestiones de justicia transicional, se generó un consenso importante. Es un desarrollo sumamente relevante tanto en términos operativos como normativos. En segundo lugar, el fortalecimiento de la democracia en muchas partes del mundo, especialmente en América Latina, Asia y África, y el surgimiento de organizaciones cada vez más sofisticadas de la sociedad civil han contribuido a fundar tanto las instituciones como la voluntad política necesarias para enfrentar un legado de violaciones de los derechos humanos y a lograr que las políticas se traduzcan en acciones.

La creciente atención brindada a las cuestiones de justicia transicional, así como el compromiso con dichos asuntos, se han visto reflejados en la adjudicación de más recursos y en la preocupación internacional por la construcción de la paz post conflicto. Esto requiere intervenciones continuas por parte de actores nacionales e internacionales, en diferentes niveles. Es necesario coordinar, integrar y ajustar cuidadosamente cada elemento al adecuado apoyo político, operativo y económico proporcionado por una serie de partes interesadas. Las estrategias de justicia transicional deben considerarse un componente importante de la construcción de la paz en la medida en que abordan las necesidades y los reclamos de las víctimas, promueven la reconciliación, reforman las instituciones estatales y restablecen el Estado de derecho.

Este artículo explorará en mayor detalle las múltiples formas en las que la justicia transicional puede contribuir a la construcción de la paz post conflicto. Se comenzará con un esbozo de los elementos clave de la justicia transicional y una discusión de sus objetivos e impacto. Luego se

explicarán las formas en las que la justicia transicional puede contribuir a la construcción de la paz. Cabe anotar que aunque las estrategias de justicia transicional casi siempre tendrán un impacto significativo sobre estos esfuerzos, la relación entre estos dos intentos ha sido sorprendentemente poco investigada, tanto en la teoría como en la práctica. Resulta imposible tratar estas cuestiones en profundidad en este artículo, aunque indicaremos varias de las formas en las que la construcción de la paz post conflicto y la justicia transicional se interrelacionan, con la esperanza de plantear una agenda para investigaciones posteriores. En este sentido, el texto articulará importantes lecciones extraídas de diversos ejemplos prácticos de implementación de estrategias de justicia transicional y sobre esa base se harán recomendaciones para los diseñadores de políticas con respecto a la forma de desarrollar mecanismos más efectivos de justicia transicional que, a su vez, contribuyan de manera productiva a la construcción de la paz post conflicto.

2. Los elementos clave de la justicia transicional

Como se señaló anteriormente, la justicia transicional implica enjuiciar a los perpetradores, revelar la verdad acerca de crímenes pasados, brindar reparaciones a las víctimas, reformar las instituciones abusivas y promover la reconciliación[1]. En esta sección se discutirá cada uno de esos elementos en mayor detalle.

2.1. Enjuiciamiento

Enjuiciar a los perpetradores que han cometido graves violaciones de los derechos humanos es un componente crítico de cualquier esfuerzo por enfrentar un legado de abuso. Los enjuiciamientos pueden servir para evitar futuros crímenes, brindar consuelo a las víctimas, reflejar un nuevo conjunto de normas sociales e iniciar el proceso de reformar las instituciones gubernamentales y de generar confianza en ellas[2]. No

1 Esta definición de justicia transicional se deriva en gran parte de la articulación por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de las obligaciones legales de un Estado después de un período de graves violaciones de los derechos humanos, en el caso *Velásquez Rodríguez*, Corte Interamericana de Derechos Humanos (Serie C) (1988). Este documento fue refrendado en gran parte por el Informe del secretario sobre el Estado de derecho y la justicia transicional en las sociedades post conflicto (3 de agosto de 2004).

2 Véase, por ejemplo, Roht-Arriaza, N. (ed.), *Impunity and Human Rights in International Law and Practice*. (Oxford University Press: Oxford, 1995).

obstante, es importante reconocer que los sistemas de justicia penal están diseñados para sociedades en las que la violación de la ley constituye la excepción y no la regla. Cuando se trata de violaciones generalizadas y sistemáticas que involucran decenas o cientos de crímenes, los sistemas de justicia penal sencillamente no se dan abasto. Ello se debe al hecho de que el proceso de justicia penal debe demostrar un compromiso escrupuloso con la equidad y el debido proceso con la necesaria implicación de una asignación significativa de tiempo y de recursos[3].

También resulta importante recalcar que el reconocimiento de la incapacidad estructural de los sistemas de justicia penal para hacer frente a las atrocidades masivas no debe interpretarse como una deslegitimación del papel que el enjuiciamiento o el castigo tienen en la confrontación de los crímenes del pasado. A pesar de sus altos costos y su lento progreso, los dos tribunales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia y Ruanda han hecho contribuciones importantes al desarrollo progresivo del derecho penal internacional. El establecimiento de la Corte Penal Internacional (ICC) habría sido más difícil, si no imposible, sin ellos[4]. La importancia de los juicios de Núremberg o del enjuiciamiento de Slobodan Milosevic no debe disminuirse exclusivamente sobre la base de que representan apenas una pequeña fracción del número total de individuos penalmente responsables. Los juicios no deben verse solamente como expresiones de un deseo social de retribución, sino que desempeñan una función expresiva vital cuando reafirman públicamente normas y valores esenciales cuya violación implica sanciones. Los juicios

3 La Corte Penal Internacional para la antigua Yugoslavia emplea a más de 1100 personas y ha gastado más de 500 millones de dólares desde su creación en 1991. Desde esa fecha ha logrado menos de 20 condenas definitivas. La Corte Penal Internacional para Ruanda ha estado funcionando durante aproximadamente siete años, cuenta con un presupuesto de unos 100 millones de dólares al año y ha logrado menos de 10 condenas definitivas. Parece poco probable que la Corte Especial de Sierra Leona vaya a poder condenar a más de 30 personas durante sus primeros tres años de operación. Los Paneles para Crímenes Serios en Timor Oriental han condenado a individuos (antes de las apelaciones) hasta la fecha y no es probable que dupliquen esa cifra durante el tiempo que les queda de operación. Véase Van Zyl, P., "Unfinished business: South Africa's Truth and Reconciliation Commission", Bassiouni, C. (ed.), *Post-Conflict Justice* (2004).

4 Véase, Dieng, A., "International Criminal Justice: from Paper to Practice: A Contribution from the International Criminal Tribunal for Rwanda to the Establishment of the International Criminal Court", *Fordham International Law Journal*, vol. 25, n.° 3 (marzo, 2002), pp. 688-707; Hulthuis, H., "Operational Aspects of Setting Up the International Criminal Court: Building on the Experience of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia", *Fordham International Law Journal*, vol. 5, n.° 3 (marzo, 2002), pp. 708-716.

también pueden ayudar a restablecer la confianza entre los ciudadanos y el Estado demostrándole a aquellos cuyos derechos han sido violados que las instituciones estatales buscan proteger y no violar sus derechos. Esto puede ayudar a restaurar la dignidad de las víctimas y reducir sus sentimientos de ira, marginación y agravio.

Sin embargo, es importante reconocer y aceptar que el enjuiciamiento solo puede ser, en todos los casos, una respuesta parcial en el proceso de hacer frente a la violación sistemática de los derechos humanos. La abrumadora mayoría de las víctimas y de los perpetradores de crímenes masivos jamás encontrarán la justicia en un tribunal y por lo tanto resulta necesario complementar los enjuiciamientos con otras estrategias.

2.2. La búsqueda de la verdad

Es importante no solo hacer saber ampliamente que han ocurrido violaciones de los derechos humanos, sino también que los Gobiernos, los ciudadanos y los perpetradores reconozcan la injusticia de tales abusos. El establecimiento de una verdad oficial acerca de un pasado brutal puede ayudar a inocular a las futuras generaciones contra el revisionismo y empoderar a los ciudadanos para que reconozcan y opongan resistencia a un retorno a las prácticas abusivas.

Las comisiones brindan a las víctimas una voz en el discurso público y los testimonios de estas pueden contribuir a refutar las mentiras oficiales y los mitos relativos a las violaciones de los derechos humanos. El testimonio de las víctimas en Sudáfrica ha hecho imposible negar que la tortura era tolerada oficialmente y que se dio de manera extendida y sistemática. Las comisiones de Chile y Argentina refutaron la mentira según la cual los opositores al régimen militar habían huido de esos países o se habían escondido y lograron establecer que los opositores habían sido "desaparecidos" y asesinados por miembros de las fuerzas de seguridad como parte de una política oficial[5]. Darles una voz oficial a las víctimas también puede ayudar a reducir sus sentimientos de indignación e ira. Aunque es importante no exagerar con respecto a los beneficios psicológicos del poder expresarse, y resulta inexacto afirmar que el

5 CONADEP (Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas), *Nunca Más: Informe de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas de Argentina* (Farrar Straus y Giroux: Nueva York, 1986); *Informe de la Comisión de Verdad y Reconciliación de Chile*, traducción de Berryman, P. E. (University of Notre Dame Press: Notre Dame, 1993).

testimonio sobre los abusos es siempre catártico, el hecho de reconocer oficialmente el sufrimiento de las víctimas mejorará las posibilidades de enfrentar los agravios históricos de manera constructiva.

Las comisiones de la verdad también ayudan a propiciar y darle ímpetu a la transformación de las instituciones estatales. Al demostrar que las violaciones de los derechos humanos en el pasado no constituyeron un fenómeno aislado o atípico, las comisiones pueden mejorar las opciones de aquellos que, dentro o fuera de un nuevo Gobierno, deseen implementar reformas reales para asegurar el fomento y la protección de los derechos humanos. Por el contrario, no examinar o identificar las instituciones abusivas les puede permitir continuar con las prácticas del pasado y, al mismo tiempo, consolidar su poder y aumentar la desconfianza y la desilusión entre los ciudadanos comunes y corrientes.

2.3. Reparación

En conformidad con el derecho internacional, los Estados tienen la obligación de brindar reparaciones a las víctimas de graves violaciones de los derechos humanos. Esta reparación puede asumir diferentes formas entre las cuales se hallan la ayuda material (*v.g.* pagos compensatorios, pensiones, bolsas de estudios y becas), asistencia psicológica (*v.g.* consejería para manejo del trauma) y medidas simbólicas (*v.g.* monumentos, memoriales y días de conmemoración nacionales). Con frecuencia, la formulación de una política integral de reparaciones es un tanto compleja, desde el punto de vista técnico, como delicada, desde la perspectiva política. Los encargados de formular una política de reparaciones justa y equitativa tendrán que decidir si es necesario establecer diferentes categorías de víctimas y, dentro de estas, si conviene hacer distinciones entre una víctima y otra. Por ejemplo, tendrán que resolver si es posible o deseable proporcionar distintas formas y cantidades de reparación a las víctimas que han padecido diferentes tipos y grados de tortura y si se va a utilizar la evaluación de medios socioeconómicos para diferenciar entre víctimas ricas y pobres. Cada decisión que se tome tiene significativas implicaciones morales, políticas y económicas[6].

La definición del estatus de víctima es una cuestión central en la provisión de reparaciones. Resulta necesario decidir si las reparaciones

6 Véase Gibney, M., "When Sorry Isn't Enough: The Controversy Over Apologies and Reparations for Human Injustice", *Human Rights Quarterly* (2001), p. 1.

van dirigidas solamente a las víctimas de graves violaciones de los derechos humanos, tales como las torturas, los asesinatos y las desapariciones, o si también deben brindarse reparaciones a una clase más amplia de víctimas, como por ejemplo aquellos que han padecido una discriminación racial sistemática o que han perdido sus tierras y sus propiedades. Una política de reparaciones justa y sostenible no debe generar ni perpetuar divisiones entre las diferentes categorías de víctimas. Al mismo tiempo, debe ser factible y realista desde el punto de vista económico[7].

2.4. Reforma institucional

Para enfrentar las atrocidades masivas es necesario establecer la verdad acerca de las violaciones y brindar reparaciones a las víctimas, aunque a veces este proceso no sea suficiente para castigar a los perpetradores. En ese sentido, resulta imperioso cambiar fundamentalmente y en algunos casos abolir aquellas instituciones responsables de las violaciones de los derechos humanos[8]. Los Gobiernos recién establecidos tienen una responsabilidad principal en esta tarea, pero las comisiones de la verdad también juegan un papel importante. Por lo general, las comisiones de la verdad están facultadas para hacer recomendaciones en sus informes finales con respecto a las medidas legales, administrativas e institucionales que se debe tomar para evitar la recurrencia de los crímenes sistemáticos del pasado.

---

7 Véase Pasqualucci, J. M., “Victim Reparations in the Inter-American Human Rights System: A Critical Assessment of Current Practice and Procedure”, *Michigan Journal of International Law* (otoño, 1996), pp. 1-58; Roth-Arriaza, N., “Reparations Decisions and Dilemmas”, *Hastings International and Comparative Law Review*, vol. 27, n.° 2 (invierno, 2004), pp. 157-219; Roth-Arriaza, N., “Victims on Transitional Justice: Lessons from the Reparation of Human Rights Abuses in the Czech Republic”, *Human Rights Quarterly*, vol. 27, n.° 22 (mayo 2005), pp. 392-435; Mazrui, A. A., “The Truth Between Reparation And Reconciliation: The Pretoria-Nairobi Axi”, *Buffalo Human Rights Law Review*, vol. 10 (2004), pp. 3-14; Magarrell, L., “Reparations for Massive or Widespread Human Rights Violations: Sorting Out Claims for Reparations and the Struggle for Social Justice”, *The Windsor Yearbook of Access to Justice*, vol. 22 (2003), pp. 85-98.

8 Aolain y Campell se refieren a la necesidad de un tal cambio institucional: “En el contexto post-transición, las violaciones de los derechos humanos que antes se negaban pueden ser reconocidas (un proceso que puede fomentarse si los actores no-estatales, anteriormente dedicados a la violencia, reconocen su culpabilidad). Este proceso puede describirse como una antinomia entre el reconocimiento y la negación. El reconocimiento de esas falencias prepara el camino para un cambio institucional significativo o ‘transformativo’”. Aolain, F. N., Campbell, C., “The Paradox of Transition in Conflicted Democracies”, *Human Rights Quarterly*, vol. 27, n.° 1 (febrero, 2005), pp. 172-213.

Los Gobiernos también podrían considerar la posibilidad de adoptar programas de escrutinio[**] con el fin de asegurar que las personas responsables de las violaciones de los derechos humanos sean removidas de los cargos públicos y evitar que sean empleadas en instituciones gubernamentales. La remoción de quienes han violado los derechos humanos de cargos que implican confianza y responsabilidad constituye una parte importante del proceso para establecer o restaurar la integridad de las instituciones estatales. Dichos programas también pueden contribuir a establecer la responsabilidad no penal por violaciones de los derechos humanos, particularmente en contextos en los cuales resulta imposible enjuiciar a todos los responsables[9]. Deben también ser escrupulosos en la protección del derecho al debido proceso de las personas investigadas. Deben dirigirse solamente a los responsables de violaciones de los derechos humanos y no a los opositores del nuevo régimen o a quienes tengan puntos de vista y creencias diferentes.

2.5. Reconciliación

El concepto de reconciliación es importante y su historial es bastante controversial. En algunos contextos, las víctimas se oponen a la reconciliación porque la relacionan con el perdón obligado, la impunidad y la amnesia. En muchos países latinoamericanos, los responsables de violaciones de los derechos humanos, especialmente los líderes militares asociados a los regímenes dictatoriales, han invocado, de manera cínica, el concepto de reconciliación para evadir la responsabilidad por sus crímenes. Si se entiende la reconciliación de esta manera, entonces debe rechazarse con justa razón.

No obstante, resulta importante considerar otra concepción de reconciliación. En las sociedades que superan períodos de atrocidades masivas y conflicto generalizado son frecuentes las profundas sospechas,

** Se traduce como "escrutinio" el término inglés *vetting* por ser ese su significado literal. En el ámbito de la justicia transicional, el término se refiere a procedimientos de evaluación con fines de depuración del personal que hubiera estado involucrado en violaciones de derechos humanos. (Nota del editor).

9 Véase Szczerbiak, A., "Dealing with the Communist Past or the Politics of the Present? Lustration in Post-Communist Polan"', *Europe-Asia Studies*, vol. 54, n.° 4 (junio, 2002), pp. 553-572; Flournoy, M. A., "Dealing with Demons: Justice and Reconciliation", *The Washington Quarterly*, vol. 25, n.° 4 (otoño, 2002), pp. 111-123. Para ejemplos de depuración, véase Kritz, N. J., "Coming to Terms with Atrocities: A Review of Accountability Mechanisms for Mass Violations of Human Rights", *Law and Contemporary Problems*, vol. 59, n.° 4 (otoño, 1996), p. 139.

los resentimientos y las enemistades. Casi siempre estas divisiones perduran en la etapa post conflicto y generan el potencial para el retorno a la violencia y la recurrencia de las violaciones de los derechos humanos. Esto resulta ser particularmente cierto en los casos en los que los conflictos asumen una dimensión identitaria donde categorías tales como la religión, la lengua, la raza, o la etnicidad han sido utilizadas para sembrar la división y justificar las violaciones de los derechos humanos. Estas divisiones no desaparecen mágicamente bajo un nuevo orden democrático ni tampoco sanan necesariamente con el paso del tiempo. En algunos casos, la aritmética electoral de la democracia puede exacerbar dichas divisiones cuando otorgan todo el poder político a un grupo étnico mayoritario y así dejan vulnerable y marginado a un grupo minoritario. Para superar las divisiones se requiere un acuerdo constitucional que ofrezca la protección y la seguridad adecuadas a los grupos vulnerables. Los líderes, tanto dentro como fuera del Gobierno, tendrán que tomar medidas proactivas para demostrar que la democracia está al servicio de todos los ciudadanos, que la paz reporta dividendos sustanciales para todos y que la diversidad puede ser una fuente de fortaleza más que de conflicto[10]. Si la reconciliación ha de ser aceptada, no puede reducirse a ignorar el pasado, negando el sufrimiento de las víctimas o subordinando la exigencia de la rendición de cuentas y la reparación a una noción artificial de unidad nacional.

3. La justicia transicional en la construcción de la paz post conflicto

Resulta sorprendente que se haya dedicado tan poco análisis a la intersección entre la justicia transicional y la construcción de la paz post conflicto. Cuando se entiende apropiadamente, la justicia transicional mira tanto hacia el futuro como hacia el pasado. Una de las razones críticas por las cuales enfrentamos los abusos del pasado es la de garantizar que estos no se repitan, tal como se refleja en el título del informe final de la Comisión de la Verdad argentina: *Nunca Más*. Sin embargo, el compromiso con la prevención no es el único fundamento para enfrentar dicho pasado. Tal aproximación instrumental a las atrocidades del pasado

10 Véase Boraine, A., *A Country Unmasked* (2000), pp. 340-378; Feher, M., "Terms of Reconciliation", Hesse, C., Post, R. (eds.), *Human Rights in Political Transitions: Gettysburg to Bosnia* (1999), pp. 325-388; Huyse, L., *Reconciliation After Violent Conflict: A Handbook* (International Institute for Democracy and Electoral Assistance, 2003), pp. 10-33; Huyse, L., "Justice after Transition: On the Choices Successor Elites Make in Dealing with the Past", *Law & Social Inquiry*, n.° 20 (1995), pp. 51-78.

siempre subordinaría la reivindicación de los derechos de las víctimas a la cuestión de si tal reivindicación pone en peligro las perspectivas de paz. Esto no solamente sería insostenible en términos legales y éticos, sino que además serviría de incentivo para que los perpetradores y tiranos interesados en evadir su responsabilidad obstaculizaran los procesos de paz hasta que se les otorgaran las garantías necesarias.

Es importante aceptar que existen tensiones entre paz y justicia en el corto plazo y que en algunos casos difíciles resulta prudente y justificable posponer las demandas de justicia con el fin de lograr el cese de las hostilidades o la transición a un orden democrático. Sin embargo, esas reclamaciones de justicia no deben diferirse indefinidamente, no solo por el efecto corrosivo que eso podría tener sobre los esfuerzos por construir una paz sostenible, sino también porque el hacerlo significaría aumentar la grave injusticia que las víctimas ya han padecido. Las estrategias de justicia transicional deben formar parte integral de cualquier esfuerzo por construir una paz sostenible, pero en algunas circunstancias es posible que la paz y la justicia no sean totalmente compatibles en el corto plazo. En caso de que la justicia se difiera, deben hacerse grandes esfuerzos para asegurar que se mantenga la posibilidad de lograr una rendición de cuentas en el mediano o largo plazo y que se implemente la mayor parte de la agenda de justicia transicional en el corto plazo.

En la siguiente sección se exponen algunas de las formas en las que la justicia transicional y la construcción de la paz post conflicto se entrecruzan. Se centra en las maneras en las que las estrategias de justicia transicional pueden reforzar los esfuerzos de construcción de la paz, reconociendo, no obstante, que en algunas circunstancias estos esfuerzos no son perfectamente complementarios.

3.1. Diagnóstico del problema

El desarrollo de una estrategia de construcción de la paz post conflicto debe estar basado en un riguroso examen de las causas, la naturaleza y los efectos del conflicto previo. Con frecuencia, las comisiones de la verdad se encuentran en una posición ventajosa para emprender este tipo de estudio, dado que prestan especial atención tanto al testimonio como a las circunstancias actuales de las víctimas de las violaciones, pues examinan a los individuos y las instituciones responsables de las violaciones de los derechos humanos. La mayoría de las comisiones han recolectado copiosa evidencia de miles de fuentes diferentes. Sobre esta base logran generar

un recuento exhaustivo de las violaciones durante el período que se les encargó investigar. Las comisiones de la verdad también examinan las causas sociales, estructurales e institucionales del conflicto y las violaciones de los derechos humanos. A su vez, están en capacidad de aclarar lo que sucedió, no solo en casos individuales sino en el contexto más amplio que hizo posibles esas violaciones. Esta función diagnóstica puede ayudar a identificar las causas fundamentales del conflicto y a examinar el papel que los actores externos y no gubernamentales han desempeñado en exacerbar y mantener el conflicto. Sobre esta base, pueden hacer recomendaciones más efectivas y fundamentadas con respecto a las medidas que se pueden tomar para atacar esas causas o reducir la capacidad de los actores opresores para perpetuar el conflicto. Dichas recomendaciones pueden ser extraordinariamente útiles para los individuos involucrados en el desarrollo y la ejecución de estrategias de construcción de la paz post conflicto.

3.2. Construcción del Estado y reforma institucional

Los conflictos tienen efectos devastadores sobre las instituciones estatales y por ello es necesario un cuidadoso proceso de reconstrucción y reforma una vez que han cesado las hostilidades. Las comisiones de la verdad y los programas de depuración pueden hacer una contribución importante a la construcción del Estado y la reforma institucional mediante la recomendación de las siguientes medidas:

- Identificación de las instituciones que deben ser reformadas o eliminadas.

- Presentación de propuestas para asegurar que se reformen el mandato, la capacitación, la dotación de personal y las operaciones de las instituciones específicas con el fin de garantizar su funcionamiento efectivo y de promover y proteger los derechos humanos.

- Remover a los responsables de corrupción o de violaciones de los derechos humanos de las instituciones estatales. A través de sus audiencias públicas, las comisiones de la verdad también pueden dirigir la atención gubernamental y pública sobre instituciones específicas, tales como los medios de comunicación, las prisiones, las instituciones prestadoras de servicios de salud y las instituciones de la rama judicial, sirviendo así de catalizador de un debate público sobre la función que esas instituciones

desempeñaron en el pasado y las medidas que deben tomarse en el futuro para aumentar su efectividad y su capacidad para promover y proteger los derechos humanos.

3.3. Remoción de los violadores de los derechos humanos de los cargos políticos

Los esfuerzos de justicia transicional permiten a los ciudadanos comprender mejor las causas, la naturaleza y los efectos de las violaciones de los derechos humanos. Además, esclarecen y dilucidan la cuestión de la responsabilidad con respecto a estas violaciones. La presencia en altos cargos gubernamentales de personas directa o indirectamente responsables de las violaciones generalizadas o sistemáticas de los derechos humanos se constituye como un factor de predicción con respecto al resurgimiento o a la continuación del conflicto. A la inversa, la remoción de dichas personas de sus cargos puede ser una contribución vital a la construcción de la paz post conflicto. En Afganistán, el informe titulado *Un llamado a la justicia*, elaborado por la Comisión Independiente Afgana para los Derechos Humanos, basado en la opinión de más de seis mil afganos residentes en el país o en comunidades de refugiados, identificó como una seria amenaza para la protección de los derechos humanos el hecho de que los perpetradores de serias violaciones de los derechos humanos siguieran ocupando cargos importantes tanto en el Gobierno central como en los Gobiernos locales[11]. Este informe exige una iniciativa tendiente a la investigación de los nombramientos presidenciales con el fin de garantizar la competencia y la integridad de esos individuos. La investigación de antecedentes para verificar la integridad determinaría si el candidato a un cargo ha sido responsable de corrupción o de violación de los derechos humanos. Aunque todavía es demasiado pronto para determinar si este esfuerzo será exitoso, ni siquiera estaría en la agenda si no se hubiera efectuado un proceso de encuestas dirigidas a que se identifiquen las actitudes de las personas con respecto a las violaciones pasadas de los derechos humanos. Así, una iniciativa de justicia transicional logró incorporar cuestiones de reforma política a la agenda nacional en una forma que aumentó las posibilidades de una exitosa construcción de la paz post conflicto.

11 Comisión Independiente Afgana para los Derechos Humanos, “Un llamado a la justicia: consulta nacional sobre las pasadas violaciones de los derechos humanos en Afganistán” (2005), URL <www.aihrc.org.af>.

3.4. Formas de abordar los agravios a las víctimas y forjar la reconciliación

Según Bigombe, Collier y Sambanis[12], los agravios inducidos por la guerra son una causa significativa del retorno a las hostilidades en las sociedades post conflicto. Por lo tanto, las estrategias de construcción de la paz deben buscar que se implemente un conjunto de políticas inmediatamente después del conflicto, que intenten abordar y reducir el sentimiento de ira y agravio. El enjuiciamiento de los responsables de violaciones de los derechos humanos puede reducir el deseo de venganza de las víctimas siempre y cuando sea equitativo y cumpla con los estándares internacionales. Las comisiones de la verdad pueden brindar a las víctimas un espacio seguro para expresar su ira, ofreciéndoles, al mismo tiempo, un reconocimiento oficial de su sufrimiento[13]. Los programas de reparación pueden proporcionar recursos y servicios muy necesarios a las víctimas que han sufrido pérdidas, directa o indirectamente, como consecuencia de las violaciones de los derechos humanos. La combinación de estas políticas puede ayudar a contrarrestar los sentimientos de ira, abandono y marginación que experimentan las víctimas y las comunidades en las que viven.

Los enjuiciamientos y las comisiones de la verdad también pueden ayudar a disipar los mitos peligrosos que sirven para prolongar la sensación de agravio y alimentar futuros conflictos. En muchas situaciones post conflicto, líderes inescrupulosos intentan inventar y propagar mitos acerca de las víctimas y los perpetradores en los que se argumenta que los miembros de su grupo (étnico/lingüístico/religioso, etc.) son víctimas inocentes y que los miembros de otros grupos son todos perpetradores culposos. Estos mitos son siempre inexactos, históricamente, y sirven para perpetuar las relaciones intergrupales conflictivas. Los tribunales pueden demostrar, por ejemplo, que no todos los serbios apoyaban a Milosevic o que algunos hutus salvaron a muchos tutsis durante el genocidio en Ruanda. Esto puede ayudar a destruir los estereotipos explotados por los políticos etnonacionalistas para obtener apoyo, lo cual casi siempre conduce al conflicto.

---

12 Bigombe, B., Collier, P., Sambanis, N., "Policies for Building Post-Conflict Peace", *Journal of African Economies*, vol. 9, n.° 3, p. 336.

13 Véase Stahn, C., "Accommodating Individual Criminal Responsibility and National Reconciliation: The UN Truth and Commission for East Timor", *American Journal of International Law* (2001), pp. 952-966.

3.5. Manejo del dominio de un grupo

Otro factor de riesgo significativo que sirve para pronosticar el comienzo o la reanudación del conflicto es la medida en que un grupo homogéneo, ya sea étnico, lingüístico o religioso, tenga la voluntad y la capacidad de monopolizar el poder político y económico. Estas situaciones pueden verse exacerbadas incluso por ciertos sistemas democráticos que otorgan el poder a las mayorías sin un sistema apropiado de frenos y contrapesos. Un programa exitoso de construcción de la paz post conflicto tendrá que incluir medidas políticas, legales y sociales que prevengan contra la explotación de la minoría por parte de la mayoría[14]. Las comisiones de la verdad pueden ayudar a crear conciencia nacional con respecto a las inseguridades, la marginación y la victimización de las minorías, así como brindar propuestas de políticas para asegurar que los derechos de estas se hallen debidamente protegidos. La provisión de reparaciones a los miembros de grupos minoritarios que han padecido violaciones de los derechos humanos puede darles la seguridad de que la mayoría los reconoce como ciudadanos portadores de derechos. De manera similar, el enjuiciamiento de los perpetradores responsables de crímenes en contra de las minorías puede contribuir a aumentar la confianza en las instituciones estatales. Las propuestas de reformas institucionales presentadas por las comisiones de la verdad pueden hacer referencia a la importancia de una adecuada representación de las minorías en instituciones tales como la policía, el Ejército y la rama judicial con el fin de generar confianza en estas instituciones por parte de las minorías.

3.6. Reforma del sector de seguridad

La combinación de enjuiciamientos selectivos de aquellos que cargan con la mayor responsabilidad por las violaciones de los derechos humanos, un programa de escrutinio cuidadosamente diseñado y una robusta comisión de la verdad que documente minuciosamente esas violaciones de los derechos humanos puede contribuir significativamente a la reforma de la policía, el Ejército y los servicios de inteligencia.

14 Para una discusión interesante del consenso intercomunitario y las relaciones interétnicas en la reconstrucción de las democracias, véase: Hislope, R., "Ethnic Conflict and the 'Generosity Moment'", *Journal of Democracy* (1998), pp. 140-53. Véase, por ejemplo, Horowitz, D. L., *Ethnic Groups in Conflict* (University of California Press: 1985). Véase también Price, R., "Race and Reconciliation in the New South Africa", *Politics and Society* (1997), pp. 149-178.

El proceso de reforma del sector de seguridad en Sudáfrica se vio enormemente fortalecido por las revelaciones de violaciones ante la Comisión de Verdad y Reconciliación y por la remoción de cargos de muchos altos funcionarios cuyos crímenes habían sido revelados. La salida de estos individuos fue crucial para la transformación del *ethos* en estas instituciones y la restauración de la confianza en ellas. El proceso de transformación del sector de seguridad, que pasó de ser una fuente de opresión y de conflicto a convertirse en una serie de instituciones que protegen a los individuos y defienden sus derechos, recibió un ímpetu adicional con el establecimiento de instituciones de justicia transicional después del *apartheid*[15].

En evidente contraste, los militares de Indonesia (y en menor grado, miembros de la policía) han logrado salvarse de cualquier tipo de investigación o rendición de cuentas por las violaciones de los derechos humanos cometidas desde 1965 y 1966 y que continúan hoy en día. El velo de silencio que ha rodeado el asesinato de cientos de miles de supuestos comunistas en la década de 1960, la ausencia de cualquier tipo significativo de rendición de cuentas respecto de los crímenes ocurridos en Timor Oriental (desde 1975 hasta su culminación en 1999) y las violaciones continuas en el resto de Indonesia se hallan vinculados con el hecho de que las fuerzas armadas de Indonesia (TNI)[16] no han sido llamadas a rendir cuentas por los crímenes. Mientras no se inicie un proceso genuino de rendición de cuentas y búsqueda de la verdad, las fuerzas armadas de Indonesia continuarán siendo una fuente de conflicto e inestabilidad en ese país.

En Haití, un componente vital de la construcción de la paz post conflicto es el establecimiento de una fuerza de policía efectiva, confiable y legítima. La disolución del Ejército haitiano ha hecho que la policía sea indispensable para combatir el crimen, mantener el orden público y proteger los derechos humanos. Desafortunadamente, hay bases para sospechar que antiguos miembros del Ejército, muchos de ellos

15 Véase por ejemplo, Vale, P., *Security and Politics in South Africa. The Regional Dimension* (Lynne Rienner: Boulder, 2002). Véase también Jackson, T., Kotze, E., “Management and Change in the South African National Defence Force: A Cross-Cultural Stud”, *Administration and Society* (2005), pp. 168-198.

16 Véase por ejemplo Honna, J., *Military Politics and Democratization in Indonesia* (Routledge: 2003); Chandra, S., Kammen, D., “Generating Reforms and Reforming Generations Military Politics in Indonesia’s Democratic Transition and Consolidation”, *World Politics* (2002), pp. 96-136.

responsables de corrupción y violaciones de los derechos humanos, se han infiltrado en la Policía Nacional de Haití (HNP). Si esta situación no se corrige, socavará tanto la eficiencia operativa de la policía como su credibilidad y legitimidad[17]. El mandato de la Misión de Estabilización de las Naciones Unidas en Haití (MINUSTAH) tiene autoridad para investigar a los miembros de la Policía Nacional con el fin de garantizar que los responsables de corrupción, violaciones de los derechos humanos y otros tipos de mala conducta sean destituidos. Sin embargo, el diseño de cualquier programa de depuración no puede centrarse exclusivamente en la forma de excluir a los responsables de violaciones de los derechos humanos. Los encargados de diseñar un sistema para remover individuos de instituciones críticas también tienen que considerar el mandato, la composición y la estructura de gobierno óptimos de esa institución. En Haití, se ha revelado que hay una gran incertidumbre con respecto al tamaño real de la HNP, debido en parte al hecho de que los oficiales de la policía no son registrados debidamente ni se les expiden identificaciones oficiales. En este sentido, se ha recalcado la necesidad de establecer códigos internos de conducta y mecanismos de supervisión eficaces. Así, la depuración ha servido de punta de lanza del programa de reforma institucional. Un proceso de depuración eficaz puede servir de catalizador para una serie fundamental de reformas que no se centren exclusivamente en la conducta pasada de los actuales oficiales de la policía, sino que contribuya a asegurar que la policía participe adecuadamente en la construcción de la paz post conflicto[18].

3.7. Implementación de programas de DDR

Los programas de desarme, desmovilización y reintegración (DDR) constituyen una parte esencial de muchas estrategias para la construcción de la paz post conflicto. Las instituciones de justicia transicional, especialmente los tribunales y los esquemas de depuración, tendrán un impacto significativo sobre la mayoría de los programas de DDR. El hecho de que un tribunal con jurisdicción sobre las personas responsables de violaciones de los derechos humanos manifieste que tiene intenciones

17 Véase Lane, C., “Cop Land [Haitian Police Remain Vulnerable to Influence of Corrupt Leaders]”, *The New Republic* (1997).

18 Véase Ahmed, S., “No Size Fits All: Lessons in Making Peace and Rebuilding States”, *Foreign Affairs* (2005), pp. 162-169; Galleguillos, N., “Re-establishing Civilian Supremacy Over Police Institutions: An Analysis of Recent Attempted Reforms of the Security Sector in Chile”, *Journal of Third World Studies* (2004), pp. 57-77.

de enjuiciar vigorosamente a todos los perpetradores, incluso a los participantes en programas de DDR, podría desmotivar significativamente a las personas que consideran entregar las armas. Por el contrario, si a todos los participantes en programas de DDR se les ofrece inmunidad jurídica absoluta, entonces aumentaría la probabilidad de que participen (si no intervienen otros factores). Ambos escenarios son indeseables por distintas razones. No es posible que un tribunal pueda enjuiciar a todos los responsables de violaciones generalizadas de los derechos humanos y, por tal razón, no resulta conveniente disuadirlos de desmovilizarse sobre la base de una amenaza de enjuiciamiento poco realista. Por otro lado, otorgar una amnistía general en casos de graves violaciones de los derechos humanos con el fin de promover la desmovilización va en contra del derecho internacional y generará un resentimiento considerable en las comunidades de víctimas. También fomentará la idea de impunidad, lo cual podría contribuir a la reanudación de las hostilidades[19]. Claramente, existen formas más sutiles de estructurar la relación entre los programas de DDR y los tribunales.

Por ejemplo, la Comisión para la Recepción, la Verdad y la Reconciliación (CRTR, por sus siglas en inglés) en Timor Oriental utilizó un enfoque particularmente innovador para promover la reintegración de perpetradores de bajo nivel permitiéndoles que se presentaran, revelaran sus crímenes y acordaran iniciar un acto de reconciliación (que a menudo incluía el servicio comunitario) como condición previa para evitar ser responsabilizados por sus delitos[20]. Al promover la reintegración, la CRTR no solamente reduce la probabilidad del conflicto sino que también permite al nuevo Estado de Timor ahorrar el costo y el esfuerzo de enjuiciar y encarcelar a miles de perpetradores de bajo nivel. En lugar de ello, estos individuos permanecen en sus comunidades siendo económicamente activos y en algunos casos contribuyen a reparar el daño que causaron. El programa de DDR está limitado explícitamente a los perpetradores de bajo nivel. Las personas responsables de crímenes graves, como asesinato o violación, están sujetos a enjuiciamiento. De esta manera, se logra un equilibrio entre la promoción de la reintegración

19 Young, G. K., "Amnesty and Accountability", *U.C. Davis Law Review* (enero, 2002), pp. 427-482.

20 Véase Smith, C., *op. cit.*; Burgess, P., "Justice and Reconciliation in East Timor. The Relationship between the Commission for Reception, Truth and Reconciliation and the Courts", *Criminal Law Forum*, vol. 15, n.° 1/2 (2004), pp. 135-58.

de aquellos individuos responsables de ciertos delitos y la rendición de cuentas por parte de quienes tienen la mayor responsabilidad.

La relación entre los recursos proporcionados a los combatientes desmovilizados y las reparaciones ofrecidas a las víctimas de violaciones de los derechos humanos debe considerarse cuidadosamente. En muchos casos, se ofrecen paquetes de desmovilización a los excombatientes (de los cuales, puede haber un porcentaje responsable de violaciones de los derechos humanos) que son sustancialmente más generosos que las reparaciones ofrecidas a las víctimas de violaciones de derechos humanos. Esto no solo produce un resultado moralmente asimétrico sino que con toda seguridad generará una gran sensación de injusticia entre las víctimas y las hará menos receptivas a la reintegración de los antiguos combatientes.

Los programas de escrutinio también se entrecruzan con los programas de DDR y pueden producir resultados contraproducentes no deseados. Por ejemplo, ciertos programas de DDR ofrecen programas de capacitación diseñados para facilitar el ingreso a ciertos tipos de trabajo en el Gobierno. Es posible que los programas de escrutinio sometan a estos individuos a investigación para verificar su participación en las violaciones y, si son hallados responsables, podrían ser excluidos de un puesto en el Gobierno. Esto suscita una situación en la que un programa invierte parte de los escasos recursos para capacitar a un individuo para un tipo de trabajo que otro programa le impide aceptar.

3.8. La restauración del Estado de derecho y la necesidad de enfrentar una cultura de la impunidad

El hecho de que las autoridades nacionales de la República Federal de Yugoslavia (y hasta hace poco de su Estado sucesor, Serbia y Montenegro) no hayan asumido responsabilidad por las violaciones de los derechos humanos ocurridas durante la década de 1990 ha permitido a los criminales de guerra ejercer una influencia considerable sobre los servicios de seguridad del país. Este caso, por ejemplo, permitió a fuerzas como los Boinas Rojas actuar en connivencia con los sindicatos responsables del tráfico de drogas, el tráfico de personas y el crimen organizado. Las actividades de esta red de conducta criminal culminaron en el asesinato del primer ministro serbio, Zoran Djindjic, un suceso que conmocionó al país entero. La lección parece obvia: el hecho de no enfrentar los abusos del pasado permite a los perpetradores continuar cometiendo crímenes generando así la posibilidad de conflicto e inestabilidad continuos. El

trabajo proactivo en favor de la rendición de cuentas y la reconciliación ayudará a erosionar una cultura de la impunidad y a enviar un mensaje relativo a la importancia del Estado de derecho.

3.9. La restauración de la confianza en las instituciones estatales

Después de un período de conflicto generalizado y violaciones masivas es de vital importancia tomar medidas para reformar las instituciones estatales con el fin de restaurar la confianza de los ciudadanos en ellas y en el Gobierno en su conjunto. La restauración de la confianza en el Estado es esencial para que este cumpla muchas de sus funciones en un nivel óptimo. No es posible abordar apropiadamente el crimen si los ciudadanos no confían en la policía, como tampoco es posible recaudar la cantidad necesaria de impuestos si no existe un grado básico de confianza en la decencia y la eficiencia del Gobierno. De manera similar, no será posible atraer el capital extranjero o nacional si los inversionistas no están convencidos de que un nuevo régimen está comprometido con el buen gobierno y el Estado de derecho.

3.10. La consolidación de la democracia

La consolidación de la democracia es un componente vital de cualquier proyecto de construcción de paz en post conflicto. Si bien cuando se establecen instituciones democráticas y se realizan elecciones libres y equitativas no se garantiza que un país no vuelva a caer en el conflicto, las democracias están en una mejor posición para distribuir recursos y enfrentar problemas internos de una manera tal que pueden evitar el conflicto y la violación de los derechos humanos.

Las comisiones de la verdad y los tribunales pueden desempeñar un papel decisivo en el fomento de la democracia. Las comisiones pueden demostrar las consecuencias del Gobierno represivo y no democrático y crear un registro oficial del costo humano de la dictadura y de la guerra. Al hacer públicos los abusos ocultos y documentar la magnitud total del sufrimiento ocasionado por el conflicto, las comisiones de la verdad pueden fortalecer el apoyo público a la democracia. El enjuiciamiento de los responsables de genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y otras violaciones sistemáticas puede ayudar a establecer no solo la responsabilidad individual sino también el desmoronamiento de las instituciones democráticas que posibilitaron ese abuso. Estos procesos pueden disminuir el apoyo a las prácticas y a las formas de gobierno no

democráticas y proporcionar a los ciudadanos señales de alerta que les permitan oponer resistencia al retorno del conflicto o a un régimen opresor.

4. Las lecciones de los procesos de justicia transicional

Varias lecciones se derivan del examen de las diferentes experiencias de justicia transicional así como de su intersección con los esfuerzos de construcción de la paz durante el post conflicto. En primer lugar, es esencial que las estrategias de justicia transicional surjan de un extenso proceso de consulta local y que se basen en las condiciones domésticas. En segundo lugar, el compromiso de establecer mecanismos de justicia transicional solo debe incorporarse a un proceso de paz si se refleja el deseo genuino de todas las partes de enfrentar el pasado. Los procesos de paz no deben determinar excesivamente la forma exacta y la naturaleza de los procesos de justicia transicional. En tercer lugar, los mecanismos de justicia transicional deben considerar el fortalecimiento de capacidades como parte central de su mandato. De esta manera, el indicador de su éxito debe ser el resultado que dejan, no lo que hacen durante su período de operación. En cuarto lugar, las estrategias de justicia transicional deben tener la mayor cobertura que sea posible y no centrarse exclusivamente en uno de los componentes de la justicia transicional como la verdad, la justicia, la reparación, la reforma institucional o la reconciliación. Finalmente, los Gobiernos posteriores deben seleccionar sus proyectos sabiamente y no embarcarse en aquellos que no tienen la capacidad de implementar. A continuación se discutirán estas lecciones con mayor detalle.

4.1. Apropiación local y consulta

No cabe duda de que la apropiación local y la consulta son esenciales para que las instituciones de la justicia transicional sean efectivas y conduzcan a resultados sostenibles. La expansión del campo de la justicia transicional, junto con la proliferación de los tribunales, las comisiones de la verdad y los programas de reparación, han generado oportunidades y riesgos significativos. El riesgo más evidente es que el establecimiento de estas instituciones sea visto como un esfuerzo operativo y tecnocrático divorciado de un cuidadoso proceso de evaluación del clima político y de consulta con las partes interesadas. Como regla general, ni la comisión de la verdad más cuidadosamente diseñada será efectiva si no se ha generado el suficiente apoyo político y popular antes de su establecimiento. Del mismo modo, el impacto de un tribunal que funcione bien e imparta una

justicia equitativa en cada caso se verá reducido si se le considera una imposición externa que no se basa en las concepciones nacionales de justicia o no responde a ellas. Las comisiones de la verdad establecidas en Sudáfrica y Timor Oriental fueron el producto de un extenso proceso de consulta y debate local, su estructura y su mandato estaban fuertemente influidos por las opiniones de las partes interesadas a nivel local. Si bien la apropiación local no es en sí una condición suficiente para el éxito, le da a las instituciones de justicia transicional una ventaja de vital importancia que puede utilizarse para producir resultados reales.

El compromiso con la apropiación local se debe diferenciar del apoyo político o gubernamental. El hecho de que el Gobierno camboyano haya decidido tardía y ambivalentemente apoyar al llamado Tribunal Khmer Rouge no significa que este haya sido el producto de una extensa consulta local o que gozara del apoyo popular. En algunos casos puede ser necesario evitar que los Gobiernos con un historial negativo en términos de derechos humanos intervengan directamente. Es preferible buscar el apoyo y la legitimidad en otras fuentes, tales como las organizaciones de la sociedad civil o los grupos de víctimas. No deben subestimarse las dificultades para establecer instituciones de justicia transicional allí donde los Gobiernos son o indiferentes u hostiles. Sin embargo, jamás debe permitirse a los Gobiernos ejercer el veto en este sentido. Las comisiones de la verdad establecidas en El Salvador y Guatemala no fueron el producto de una extensa consulta local y, en grados diferentes, estaban distanciadas de la apropiación y el control nacionales. No obstante, lograron resultados importantes porque funcionaron con independencia e integridad y porque supieron llegar a los grupos de derechos humanos y de víctimas.

En años recientes, se han establecido comisiones de la verdad en cada vez más países y escenarios como parte de una estrategia de búsqueda de la verdad. Si bien hay mucho que aprender de las experiencias de otras comisiones de la verdad, cada una debe basarse en la consulta local y diseñarse de acuerdo con las necesidades del lugar. El trasplante acrítico de modelos de un contexto a otro a alguna simplemente no funciona. Tampoco deben establecerse comisiones de la verdad con segundas intenciones, tales como las de tratar de desacreditar a los opositores políticos o cumplir con las condiciones impuestas por recibir apoyo de donantes, sin que realmente se intente buscar la justicia o esclarecer la verdad. Las comisiones de la verdad no deben ser sustitutos para la justicia ni acuerdos convenientes entre la responsabilidad y la impunidad.

4.2. La justicia transicional y los procesos de paz

Con frecuencia, los procesos de paz brindan amplias oportunidades para introducir compromisos de incorporar la justicia transicional al acuerdo nacional. Pero esto no es cierto en todos los casos. No lo es en particular ahí donde las partes involucradas en el conflicto y el subsiguiente proceso de paz han estado implicadas en violaciones de derechos humanos. En tales casos, todos los actores pueden estar de acuerdo en que les conviene no pensar demasiado en las pasadas violaciones de derechos humanos y, en este sentido, el acuerdo de paz puede desembocar en la amnesia y la impunidad. En las ocasiones en las que las partes deciden introducir cuestiones de justicia transicional en el acuerdo es necesario evitar una serie de peligros.

Primero, no se debe introducir mecanismos como las comisiones de la verdad para compensar las decisiones de otorgar amnistías o como esfuerzos para salvaguardar un cierto grado de aceptabilidad superficial en un acuerdo que esencialmente pretende enterrar el pasado y negar a las víctimas su derecho a la justicia, la verdad y la reparación. Tal fue el caso del Acuerdo de Paz de Lomé que buscó poner fin al conflicto armado interno en Sierra Leona. El que la Comisión de la Verdad de Sierra Leona haya logrado algunos resultados se puede atribuir en parte al hecho de que no se haya respetado la amnistía general incluida en el acuerdo y a que se haya creado la Corte Especial de Sierra Leona para enjuiciar a quienes cargaban con la mayor responsabilidad por las violaciones de los derechos humanos. Si esto no hubiera sucedido, la Comisión habría funcionado en un clima de absoluta impunidad y habría sido vista como un intento inadecuado por disfrazar o compensar este hecho, por parte de los signatarios del Acuerdo de Paz de Lomé.

En segundo lugar, existe el peligro de que las disposiciones de un acuerdo de paz traten de determinar demasiado la forma y la naturaleza de una institución de justicia transicional. Tanto en Liberia como en la República Democrática del Congo (DRC), los acuerdos de paz proporcionaban demasiados detalles relativos a la composición de las comisiones de la verdad establecidas en ambos países. La propuesta relativa a los integrantes de las comisiones reflejaba la composición de las partes en los diálogos de paz, sujetando así a estos organismos a una fragmentación política en la que la calidad de miembro no se decidía tomando como base la integridad, la independencia o el compromiso con los derechos humanos, sino más bien la lealtad a un partido político en

particular. Los diálogos de paz pueden ser esenciales para ponerle fin a un conflicto y producir un programa para la paz sostenible, pero rara vez son apropiados para decidir acerca de los detalles de los procesos para enfrentar el pasado, precisamente porque estos procesos no deben ser politizados.

4.3. El fortalecimiento de la capacidad

Un esfuerzo por desarrollar e implementar una estrategia de justicia transicional debe poner énfasis en el fortalecimiento de la capacidad de los actores y las instituciones locales. Los donantes internacionales contribuyeron con 10 millones de dólares al año durante cinco años (1997-2002) después del genocidio en Ruanda con el fin de apoyar los juicios nacionales. Durante este período, el Gobierno llevó a cabo casi 7 mil juicios[21]. La credibilidad de estos juicios se ha visto disminuida por la inadecuada protección al debido proceso, la politización y las pobres condiciones de detención. Algunos de estos problemas habrían podido remediarse o aliviarse con recursos adicionales o con una distribución adecuada de ellos. Durante un período similar, la ICTR recibió aproximadamente 400 millones de dólares para que realizara sus procesos, que resultaron en menos de diez condenas finales y contribuyeron muy poco al fortalecimiento de la capacidad judicial y política en Ruanda[22].

4.4. Estrategias comprehensivas

Hace cinco años imperaba la concepción errónea de que solo se podía o se debía generar una iniciativa institucional en respuesta a las atrocidades masivas. Hoy día se reconoce, de manera casi universal, que los enjuiciamientos, las comisiones de la verdad, los programas de escrutinio y los de reparación son casi siempre complementarios y que, por ende, pueden establecerse simultáneamente. Por lo tanto, es importante explorar si esas instituciones pueden interactuar y en qué forma podrían hacerlo. ¿Deben las comisiones de la verdad proporcionarle información a los tribunales para ayudar en los enjuiciamientos? ¿Deben los programas

21 Para un recuento de la preparación y estructura de los enjuiciamientos nacionales en Ruanda, véase Sennett, P. H. *et al.*, "Working with Rwanda Toward the Domestic Prosecution of Genocide Crimes", *St. John's Journal of Legal Commentary*, vol. 12, n.° 2 (primavera, 1997), pp. 425-447.

22 Véase Schabas, W. A., "The Rwanda Case: Sometimes It's Impossible", Bassinouni, M. (ed.), *Post Conflict Justice* (2002), pp. 499-522.

de depuración proporcionarle información a las comisiones de la verdad para ayudarles a generar un cuadro general de las causas, naturaleza y magnitud de las violaciones de los derechos humanos? ¿Cómo deben relacionarse los programas de reparación con las demandas civiles? Este es un campo de estudio sumamente importante[23].

4.5. Alto capital moral, baja capacidad burocrática

Ackerman ha acuñado la frase según la cual las democracias emergentes tienen un "alto capital moral pero una baja capacidad burocrática". Con esto quiere decir que los regímenes post conflicto a menudo gozan de un período caracterizado por altos niveles de apoyo popular y de confianza, inmediatamente después de la transición. Con frecuencia, esto les brinda el suficiente capital para emprender iniciativas importantes para enfrentar un pasado de abusos. Sin embargo, al diseñar e implementar estas estrategias, los regímenes deben tener en cuenta tanto lo que es deseable como lo que es posible. Es posible que los nuevos regímenes carezcan de la capacidad humana y económica para convertir en realidad esos admirables objetivos consignados en las políticas (enjuiciamientos robustos, reparaciones completas, depuración rigurosa). El capital moral puede evaporarse rápidamente y la vieja guardia puede retomar la iniciativa si los nuevos regímenes prometen más de lo que pueden dar.

5. Conclusión y recomendaciones de políticas

A partir del estudio de campo de la justicia transicional y del análisis de los esfuerzos por construir la paz en el post conflicto, se pueden extraer las siguientes conclusiones y recomendaciones de políticas:

- Existen algunas brechas entre los mecanismos de justicia transicional y otros aspectos de la construcción de la paz post conflicto. La relación entre los programas de DDR y la justicia

23 Como se mencionó antes, la relación entre la Comisión de la Verdad y la Corte Especial en Sierra Leona presenta un interesante estudio de caso sobre la potencial tensión entre una comisión de la verdad y las otras respuestas a las atrocidades masivas. Para una discusión interesante de este tema, véase Schabas, W. A., "Amnesty, the Sierra Leone Truth and Reconciliation Commission and the Special Court for Sierra Leone", *U.C. Davis Journal of International Law & Policy*, vol. 11, n.° 1 (otoño, 2004), pp. 145-69; Schabas, W. A., "A Synergistic Relationship: the Sierra Leone Truth and Reconciliation Commission and the Special Court for Sierra Leone", *Criminal Law Forum*, vol. 15, n.° 1/2 (2004), pp. 3-54.

transicional requiere un análisis más riguroso, especialmente porque estos programas tienen el potencial tanto de complementarse como de socavarse mutuamente, dependiendo de la forma en la que se estructuren.

- En el pasado, los activistas enfocaban sus energías en persuadir a los Gobiernos que no estaban preparados de que iniciaran acciones para implementar políticas de justicia transicional. Hoy es mucho más probable que los Gobiernos se adelanten o respondan a la presión y adopten medidas a medias (tales como tribunales politizados o comisiones de la verdad débiles) que pueden parecer legítimas en la superficie pero que son en realidad esfuerzos cínicos por evadir la responsabilidad de enfrentar el pasado. Esto significa que los activistas, los Gobiernos y los donantes tienen que estar en capacidad de hacer un análisis meticuloso de estos esfuerzos y de emprender sofisticados proyectos de apoyo con el fin de garantizar que solamente se respalden o se promuevan los esfuerzos genuinos.

- En general, el fortalecimiento de las obligaciones legales internacionales y el creciente consenso normativo, según el cual las violaciones graves de los derechos humanos deben remediarse, han hecho que ya no se ponga énfasis en la cuestión de si se debe o no enfrentar al pasado sino más bien en cómo enfrentarlo. Esto crea oportunidades extraordinarias para examinar la intersección entre la justicia transicional y la construcción de la paz post conflicto en una serie de contextos diferentes, así como para establecer buenas prácticas con base en un análisis comparativo de políticas. Este proceso no se puede limitar a trasplantar un modelo exitoso de un contexto a otro, sino que debe explorar los factores que hicieron que dicho modelo funcionara y verificar si son aplicables en otras circunstancias.

- Las comisiones de la verdad deberían dedicar más energía a asegurar que sus recomendaciones sean lo más detalladas y específicas posible. Con demasiada frecuencia los informes de las comisiones incluyen recomendaciones generales que son tan amplias y obvias que tienen poco impacto práctico. Las comisiones deben hacer recomendaciones que fortalezcan el

vínculo entre enfrentar el pasado y la tarea de construir una paz sostenible. Las estrategias de justicia transicional deben diseñarse de manera tal que agreguen ímpetu y fuerza a los esfuerzos por construir la paz en un período de post conflicto.

- Los donantes deben ver las estrategias de justicia transicional y la construcción de la paz post conflicto como esfuerzos complementarios. Ambos requieren de financiación sostenida y coordinada. Algunos donantes consideran que la construcción de la paz es una iniciativa más segura y menos controversial que las iniciativas de justicia transicional y, por lo tanto, están menos dispuestos a apoyar estas últimas. Este es un enfoque contraproducente porque las estrategias de justicia transicional tienden a reforzar la construcción de la paz post conflicto.

- Los enfoques de justicia transicional y de construcción de la paz post conflicto deben ser lo más holistas e integrados posible. El enfatizar demasiado cualquiera de los aspectos de cada una de esas estrategias o, por el contrario, dejarlo de lado, hará que el esfuerzo global sea menos efectivo.

- Los mecanismos de justicia transicional solo deben ser incorporados a los acuerdos de paz si encarnan un deseo genuino de enfrentar el pasado y no un esfuerzo meramente superficial para evadir las responsabilidades. Los acuerdos de paz que implican un compromiso de buena fe para enfrentar el pasado deben lograr un equilibrio entre el hacer explícito este compromiso en el acuerdo escrito y el no prescribir en demasía sobre detalles, los que deben surgir de un proceso posterior de consulta nacional.

CÓMO LAS "TRANSICIONES" RECONFIGURARON LOS DERECHOS HUMANOS: UNA HISTORIA CONCEPTUAL DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL*

*Paige Arthur***

1. Introducción

Al reflexionar en 1989 sobre la pregunta acerca de cómo las víctimas de tortura en Brasil, Uruguay y en los regímenes represivos en todo el mundo podrían encontrar alguna medida de justicia para su dolor, el escritor de *The New Yorker*, Lawrence Weschler, con su habitual elocuencia, fue directamente al corazón del asunto. Hubo un "momento primordial que había que enfrentar desesperadamente —e igual de desesperadamente por la sociedad torturadora y por la víctima de la tortura—". Había preguntas que responder: "¿Quién estuvo ahí? ¿Quién gritaba…? ¿Quién, incluso ahora, se atrevería a oír…? ¿Quiénes serán tenidos por responsables? y ¿Quién los haría rendir cuentas?"[1]. Pero había un problema. "La gente buena", sugirió, "tendrá desacuerdos sobre la forma en que ese rendimiento de cuentas debe proceder en el

---

* Artículo publicado originalmente en Arthur, Paige. "How Transitions Reshaped Human Rights: A Conceptual History of Transitional Justice". *Human Rights Quarterly* 31:2 (2009), 321-367. © 2009 The Johns Hopkins University Press. Traducido y publicado con permiso.

** Quisiera agradecer a las siguientes personas por haber aceptado gentilmente a que los entrevistara: Juan Méndez, José Zalaquett, Jaime Malamud-Goti, Margo Picken, Abraham Lowenthal, Tim Phillips y Alice Henkin. Un agradecimiento especial para Tim Phillips por hacer disponibles los trabajos del Project on Justice in Times of Transition para mi investigación. Finalmente, quiero agradecer también a mis colegas del ICTJ, Pablo de Greiff, Mark Freeman y Louis Bickford por sus comentarios en borradores previos de este artículo.

1 Lawrence Weschler, *A Miracle, A Universe: Settling Accounts with Torturers* 242 (1998).

contexto de situaciones políticas de la vida real que con frecuencia son excepcionalmente precarias"[2].

Weschler había sido parte de un "grupo notable de activistas y académicos" que, según su descripción, se reunieron en noviembre de 1988 para discutir cómo los Gobiernos sucesores deberían lidiar con los crímenes de sus predecesores. La reunión, organizada por el Instituto Aspen y financiada por la Fundación Ford, estuvo dirigida a revisar las implicancias morales, políticas y legales de procesos judiciales recientes, comisiones de investigación, purgas y otras medidas con el fin de hacer que los regímenes previos rindieran cuentas por el abuso sistemático contra los derechos humanos así como para promover una transición a la democracia. "Una y otra vez", escribió Weschler, "países tan diversos como Uganda, Argentina, Corea del Sur, Chile, Sudáfrica, Brasil, Filipinas, Uruguay, Guatemala y Haití (los cuales estuvieron representados en la Conferencia de Aspen) y la Unión Soviética, Polonia, Checoslovaquia y China (sin representación) confrontan la misma clase de preguntas cuando intentan pasar de un sistema de Gobierno dictatorial a uno democrático —en esencia, la pregunta es: qué hacer con los antiguos torturadores que aún existen entre ellos—"[3].

El caso de Argentina ha resultado dominante. Con el colapso de la dictadura militar y la elección de Raúl Alfonsín en 1983, hubo un acalorado debate público acerca de quiénes deberían ser castigados por violaciones de los derechos humanos y lo que se debería hacer por las víctimas de dichas violaciones. Sin embargo, siempre estuvo en el primer plano del debate la amenaza para la estabilidad del nuevo régimen que se podría derivar de tales acciones. El Gobierno de Alfonsín optó por procesos judiciales limitados y, en un gesto dramático, llevó a juicio a los líderes de la anterior junta. También convocó a una comisión de investigación para indagar sobre lo que había ocurrido a las personas que las fuerzas de seguridad del Estado habían "desaparecido". Jaime Malamud-Goti, uno de los principales arquitectos, junto con Carlos Nino, de la política de procesamientos de Alfonsín, sostuvo en la conferencia del Instituto Aspen que los procesos judiciales no fueron solamente una respuesta a la sed de justicia de las víctimas: "Coincidimos en la opinión de que procesar en el fuero militar a los autores de graves crímenes contribuiría a la consolidación de la democracia, restaurando la confianza en sus

2 *Id.*

3 Lawrence, Weschler, "Epílogo", en *State Crimes: Punishment or Pardon* 89, 90, 92 (Programa de Justicia y Sociedad del Instituto Aspen Ed., 1989).

mecanismos”[4]. Sin embargo, la administración se dividió. El ministro de Defensa, quien mantenía las relaciones más directas con los militares, se opuso a la política sobre la base de que se corría el riesgo de un contragolpe político potencialmente desastroso —tal vez hasta un golpe de Estado—[5]. A Malamud-Goti y a Nino les preocupaba que el Poder Judicial, que provenía en parte del régimen anterior, obstruyese la política de procesamientos. Sometido a una fuerte presión por parte del Ejército, luego de una serie de juicios que tuvieron mucha publicidad y la publicación del informe de la comisión de investigación, *Nunca Más*, el Gobierno puso fin a nuevos juzgamientos mediante la conocida Ley de Punto Final de 1986 y la Ley de Obediencia Debida de 1987. Un Gobierno posterior perdonó más tarde a aquellos que aún estaban cumpliendo sus sentencias.

Las preguntas que surgieron por el caso argentino no fueron solamente las relativas a la justicia: ¿a quiénes había que castigar, mediante qué autoridad, y sobre qué base? ¿Qué hacer por las víctimas y por sus seres queridos?, eran, más bien, preguntas sobre la justicia y la prudencia: cómo equilibrar imperativos morales contrapuestos, cómo conciliar legítimos derechos a la justicia con derechos igualmente legítimos a la estabilidad y la paz social, y cómo promover la relación entre justicia frente a crímenes del pasado y un orden político más justo en el presente.

1.1. El “campo” de la justicia transicional

En la conferencia del Instituto Aspen, José Zalaquett, quien después sería comisionado de la Comisión Nacional de la Verdad y la Reconciliación chilena, reflexionó sobre la situación que los activistas de derechos humanos confrontaron en países latinoamericanos donde se habían desmoronado regímenes represores. “La experiencia ha demostrado”, dijo Zalaquett, “que lidiar con situaciones políticas transicionales es una nueva área de la práctica de los derechos humanos que plantea algunas complejas preguntas éticas, legales y prácticas” —preguntas que nadie estaba aún preparado para responder—[6]. Seis años después, en una conferencia denominada “Dealing with the Past” en la Sudáfrica post *apartheid*,

4 Jaime Malamud-Goti, “Trying Violators of Human Rights: The Dilemma of Transitional Democratic Governments”, en *State Crimes*, *supra* nota 3, en 71-72.

5 Entrevista telefónica a Jaime Malamud-Goti, director del Instituto Carlos Nino, Universidad de Palermo, Argentina (1 de octubre de 2007).

6 José Zalaquett, “Confronting Human Rights Violations Committed by Former Governments: Principles Applicable and Political Constraints”, en *State Crimes*, *supra* nota 3, en 26.

Zalaquett llegó a la conclusión de que "[un] caudal de experiencias mundiales está contribuyendo al entendimiento de las lecciones que se deben aprender sobre justicia en el proceso de transición"[7]. Este artículo examina el desplazamiento, implicado en las observaciones de Zalaquett, desde el reconocimiento de nuevos dilemas prácticos hacia el desarrollo de una base de conocimiento para atender dichos dilemas mediante la aparición de un nuevo campo de estudio llamado "justicia transicional".

En particular, este trabajo da una mirada a cómo una cierta comprensión de la "transición" ayudó a dar forma al contenido conceptual de un nuevo campo. El campo de "justicia transicional" —una red internacional de personas e instituciones cuya coherencia interna se sustenta en conceptos comunes, objetivos prácticos y derechos de validez personal— empezó a surgir como respuesta a estos nuevos dilemas prácticos y como un intento de sistematizar el conocimiento que se estima útil para resolverlos[8]. El campo de la justicia transicional, así definido, emergió directamente de un conjunto de interacciones entre activistas de derechos humanos, abogados y académicos del campo jurídico, legisladores, periodistas, donantes y expertos en política comparada interesados en el tema de derechos humanos y la dinámica de las "transiciones a la democracia" que empezó a finales de la década de los ochenta[9].

Una ventana para comprender cómo las transiciones han ayudado a estructurar este nuevo campo —el cual se cristalizaría más adelante en torno

7 Aryeh Neier, José Zalaquett y Adam Michnik, "Why Deal with the Past, in Dealing with the Past: Truth and Reconciliation in South Africa" 1, 8 (Alex Boraine y Janet Levy, Eds., 2.ª ed. 1994).

8 Para una aplicación de las ideas de "coherencia interna" a la justicia transicional, véase Pablo de Greiff, "Introduction: Repairing the Past: Compensation for Victims of Human Rights Violations", en *The Handbook of Reparations* 1 (Pablo de Greiff, Ed., 2006).

9 Este artículo no representa el análisis de un campo, en el sentido dado al término por el teórico del campo Pierre Bourdieu, sino más bien una historia conceptual —la cual ofrece, en sí misma, algunas pistas para dicho análisis—. De esta manera, no plantea una comprensión metodológicamente rigurosa de la palabra "campo", en el sentido de un conjunto estructurado de relaciones entre varias posiciones, ocupadas por actores que tienen un conjunto particular de disposiciones, las cuales están ordenadas jerárquicamente y operan de acuerdo con una lógica particular e interna. No obstante, la comprensión "más ligera" de la palabra "campo" usada en todo el artículo presenta ciertas semejanzas con este concepto, en el sentido de que se identifica como rasgos importantes del campo de la justicia transicional que: 1) se distingue claramente del campo del cual surgió, el campo de los derechos humanos; 2) implica un conjunto de actores con un conjunto de objetivos en común, los cuales, por tanto, se orientan los unos hacia los otros en sus prácticas; 3) ha desarrollado instituciones que trabajan en esos objetivos; y 4) desarrolla criterios particulares de juicio y de autolegitimación.

a organizaciones tales como el proyecto Justicia en Tiempos de Transición (1993) basado en Estados Unidos; Justicia en Transición (1994) con sede en Sudáfrica, y una ONG internacional llamada Centro Internacional para la Justicia Transicional (2001), así como algunos núcleos dentro de otras ONG, universidades e instituciones internacionales— es la serie de conferencias que tuvieron lugar a finales de los ochenta e inicios de los noventa. En la conferencia del Instituto Aspen de 1988 denominada “State Crimes: Punishment or Pardon”, en la conferencia de la Charter 77 Foundation de 1992 en Salzburgo, Austria, llamada “Justice in Times of Transition”, y en la conferencia del Instituto para la Democracia en Sudáfrica (IDASA) de 1994 titulada “Dealing with the Past”, se convocó a actores políticos, activistas de derechos humanos y observadores de todo el mundo para comparar experiencias y discutir opciones. Estas conferencias no solo presentaron a participantes del mismo tipo (en términos de competencias profesionales) sino que también tuvieron a participantes compartidos como Zalaquett, Malamud-Goti, Aryeh Neier, Juan E. Méndez, Diane Orentlicher, Lawrence Weschler, Alice Henkin, Tim Phillips y Adam Michnik[10]. Por otro lado, cada una estaba estructurada de forma similar: trataron una serie particular de medidas —procesos judiciales, búsqueda de la verdad, restitución o reparación, y reforma de las instituciones del Estado que cometieron abusos— cuyos objetivos son brindar justicia a las víctimas y facilitar la transición en cuestión. Las conferencias optimizaron la posibilidad de un análisis comparativo de los “dilemas” transicionales.

Al examinar cómo las transiciones “fueron relevantes” para la aparición de un campo en particular, una de las metas es ofrecer algunas respuestas preliminares a la pregunta de por qué un campo de justicia transicional surgió en la época y en la forma en que apareció[11]. Sin

10 Véase al final de este artículo el anexo donde se muestra la repetición de los participantes en las diversas conferencias, así como una lista de todos los que participaron en las tres conferencias.

11 Cabe resaltar que mi criterio para elegir la palabra “campo” implica un contraste con la palabra “red” de Kathryn Sikkink y Carrie Booth Walling. Sikkink y Walling han realizado un trabajo innovador sobre la pregunta de cómo han sido usadas las redes internacionales de derechos humanos para hacer resaltar más los derechos a la rendición de cuentas en ámbitos locales. Sin embargo, esa no es la pregunta que se plantea en este artículo. Este trabajo describe la manera en que un campo particular de actividad, conocido como “justicia transicional” —y no solo “derechos humanos”— llega a constituirse. Esta pregunta está asociada a las redes internacionales de derechos humanos a la que esas autoras se refieren, pero no se limitan a ellas. Es decir, es completamente posible que los grupos locales de derechos humanos que buscan impulsar reclamos de rendición de cuentas hubieran podido instrumentar sus redes

embargo, este artículo se enfoca solamente en un aspecto de esta pregunta: el contenido conceptual particular y distintivo de la justicia transicional. Aunque algunos han descartado la relevancia de la palabra "transicional" como una clase de error sintáctico, este artículo sostiene que la idea ha jugado un papel importante en la formación de las interpretaciones de los dilemas afrontados por los actores, así como en las justificaciones para sus acciones y criterios. La "transición" —y, más específicamente, la "transición a la democracia"— fue el lente normativo predominante a través del cual se miró el cambio político en esa época, y por lo tanto, una observación de su contenido específico debería echar luz sobre la aparición de este campo de estudio. En efecto, el poner atención a lo que se entendía por transición nos puede aclarar qué era lo que se consideraba una medida de justicia adecuada. Ello explica también por qué las medidas de procesamiento judicial, búsqueda de la verdad, restitución y reforma de instituciones del Estado que cometen abusos —y no otras medidas de justicia como las vinculadas a reclamos de justicia distributiva— fueron reconocidas como *las* iniciativas legítimas de justicia durante un período de cambio político.

Si bien esta es apenas una pequeña parte de la historia, es una parte significativa puesto que estas interpretaciones fueron cruciales para estructurar los primeros linderos conceptuales del campo. Desde entonces, estos linderos han sido movidos de manera consistente, a veces como respuesta a las dificultades prácticas que se encuentran en los nuevos contextos políticos, y otras, a través de la reflexión de quienes trabajan dentro del campo mismo. Así, el presente trabajo no se ocupa de los cambios en las prácticas de los activistas de derechos humanos en los años ochenta —un tema al que habría que dedicarle otro ensayo—. Este artículo también evita explícitamente analizar los esfuerzos en materia de justicia realizados por algún país en particular (Argentina, por ejemplo), pues el objetivo es mostrar que el campo de la justicia transicional ha surgido a un nivel internacional[12]. En efecto, el carácter particular del

internacionales para ayudar a su causa, pero sin que ello diera lugar al campo específico de la justicia transicional. Véase Kathryn Sikkink y Carrie Booth Walling, "Argentina's Contribution to Global Trends in Transitional Justice", en *Transitional Justice in the Twenty-First Century* 301 (Naomi Roht-Arriaza y Javier Mariezcurrena, Eds., 2006).

12 De esta manera, aunque el Centro de Estudios Legales y Sociales de Argentina (CELS) fue uno de los actores clave del campo de los derechos humanos en la presión para que se dieran medidas de justicia durante la transición argentina, su aliado internacional, Americas Watch, jugó un papel más central en la gestación de un campo de justicia transicional a nivel internacional, particularmente a través de los esfuerzos de Juan Méndez y Aryeh Neier.

campo se debe, en parte, a que su base de conocimiento ha sido siempre comparativa. En él se ha tratado de concebir tipologías de experiencias y conocimiento sistemático de contextos nacionales (siempre dispares). Esto puede ser visto en las primeras conferencias: cada una de ellas estaba estructurada bajo el principio de comparar experiencias nacionales entre un grupo diverso de participantes internacionales en lugar de hacerlo bajo el principio de identificar (y exportar) un tipo ideal.

Para ilustrar el argumento, este artículo propone señalar el período de finales de los ochenta y mediados de los noventa como aquel en el que empezaba a surgir el campo. Una evidencia crucial para ello es la creación del término “justicia transicional”. Este fue inventado como un dispositivo para indicar una nueva forma de actividad en derechos humanos y como una respuesta a dilemas políticos concretos que los activistas de derechos humanos enfrentaban en lo que ellos entendían por contextos “transicionales”. Luego de establecer este período como un punto de partida plausible, el artículo pasa al tema de lo que significaban en ese tiempo las “transiciones” con el fin de tener una mejor comprensión de cómo ello podría haber moldeado las interpretaciones de las clases de derechos de justicia que se consideraban válidos o no válidos en un período de transición. A continuación, el artículo ata estos cabos observando un caso particular: la conferencia del Instituto Aspen de 1988 —un grupo de charlas que ayudaron a aclarar y consolidar el marco conceptual para un campo emergente—. Esta conferencia reunió a activistas de derechos humanos, filósofos, expertos en derecho y politólogos de América Latina, Uganda, Haití y Corea del Sur, en un esfuerzo por comparar experiencias de búsqueda de iniciativas de justicia en contextos transicionales diferentes. Algunos de los participantes habían sido actores en iniciativas de justicia transicional (Malamud-Goti), unos cuantos serían después actores en dichos esfuerzos (Zalaquett), mientras que otros eran observadores, con diferentes grados de interés, de los resultados de situaciones nacionales específicas.

Esta conferencia no fue elegida porque representase un momento de gestación del campo de justicia transicional sino porque, parafraseando a su organizadora, Alice Henkin, ofrecía un “marco intelectual” del que antes se careció para discutir temas que surgieron en la Alemania de la posguerra, España, Grecia, Argentina y otros lugares[13]. Los debates que

13 Entrevista a Alice Henkin, directora del Programa de Justicia y Sociedad del Instituto Aspen de Nueva York, N. Y. (13 de agosto de 2007).

se produjeron y los participantes que se dieron cita nos permiten, de esta manera, comprender mejor las bases conceptuales —o incluso las bases prácticas e institucionales— de un campo emergente, aquel que años después sería conocido como "justicia transicional". Si los activistas de derechos humanos estaban desarrollando un nuevo conjunto de prácticas, ¿cómo fue que ellos —así como los pensadores, legisladores y donantes con los que interactuaron— concibieron dichas prácticas y las moldearon como una estructura conceptual para un campo nuevo y único?

1.2. ¿Por dónde empezar?

Por dónde comenzar una historia del campo de la justicia transicional no es una cuestión fácil de resolver. Se nos vienen a la mente los juicios, que sentaron precedente, realizados por los aliados a los criminales de guerra nazis en Núremberg, o las políticas de derechos humanos del presidente argentino Alfonsín después de que la junta militar acabara. Pero las medidas que nosotros asociamos con la justicia transicional, ciertamente, no son nada nuevo. En *Stay the Hand of Vengeance*, Gary Bass repasa una historia de tribunales de crímenes de guerra de por lo menos doscientos años de antigüedad[14]. En *Closing the Books: Transitional Justice in Historical Perspective*, Jon Elster ha escrito sobre juicios y purgas de hace más de dos mil años, durante las revueltas políticas en la antigua Atenas[15]. Entonces, ¿cómo decidir dónde y desde cuándo empezar la historia?

Tal vez lo mejor es optar por lo más simple: deberíamos empezar por investigar la creación y aceptación del término "justicia transicional" en sí mismo. Es interesante ver que ninguna de las versiones que cuentan el origen de la justicia transicional explora el origen del término. Para Ruti Teitel, el Tribunal de Núremberg representa un momento importante en la primera "fase" de la justicia transicional, aun cuando ninguno de los actores involucrados lo habría definido así[16]. Dichos actores tampoco habrían atribuido, necesariamente, los mismos significados a lo que estaban haciendo, como sí lo hacen Teitel y Elster.

Aquí es donde resulta importante la cuestión metodológica. Un observador como Elster, por ejemplo, considera la justicia transicional

14 Gary Jonathan Bass, *Stay the Hand of Vengeance: The Politics of War Crimes Tribunals* (2000).

15 Jon Elster, *Closing the Books: Transitional Justice in Historical Perspective* (2004).

16 Ruti G. Teitel, "Transitional Justice Genealogy", 16 *Harv. Hum. Rts. J.* 69, 70 (2003).

un problema perenne, un constructo atemporal cuyas variedades pueden entenderse y analizarse en detalle a través de los tiempos —desde la antigua Atenas hasta el presente—. Cualquiera haya sido el significado que estas prácticas tuvieron para los actores históricos involucrados (ninguno de los cuales había oído jamás la frase “justicia transicional”), estos se ven inmersos en una concepción universal, homogénea de justicia transicional, cuyo única acepción es idéntica a la comprensión convencional propia del siglo XXI que de ella tenemos. Esta clase de enfoque, que en la historia práctica se llama “anacronismo”, ha sido elocuentemente criticada por Quentin Skinner, entre muchos otros[17]. Para ser justos con Elster, él no pretende escribir una historia de la justicia transicional. El título de su libro, que pone a la justicia transicional “en una perspectiva histórica”, así como su contenido, sugieren lo contrario. A aquellos que, como Teitel, toman una perspectiva genealógica, les va mejor con respecto al anacronismo, pero del mismo modo caen en la trampa de imputar ideas sobre “justicia transicional” a actores que presumiblemente no las habrían propuesto, particularmente en sus discusiones sobre la época inmediatamente posterior a la segunda guerra mundial.

Cuando uno escribe una historia conceptual, tiene sentido empezar por examinar la invención de la frase en sí, como representativa del surgimiento de una nueva postura, así como su subsiguiente aceptación como algo particular y significativo. Tal enfoque tiene la ventaja de evitar el anacronismo, a la vez que proporciona un punto de partida menos arbitrario.

Siguiendo la línea de Skinner, la invención de nuevos términos, o el desplazamiento del significado de viejos términos, en un vocabulario político, son respuestas a problemas concretos que se enfrentan en la vida política. Algunos de estos términos políticos son, por otro lado, intersubjetivamente normativos. Tal como señala James Tully, son “palabras que no solo describen, sino que, al describir, también evalúan” —de acuerdo con el contexto en el cual son invocadas—[18]. En un contexto liberal-democrático, por ejemplo, la invocación de términos como “democracia”, “dictadura”, “racional”, “tolerante” implica una evaluación, un juicio normativo particular. Llamar a otro

---

17 Ver Quentin Skinner, “Meaning and Understanding in the History of Ideas”, en *Meaning and Context: Quentin Skinner and His Critics* 33-34 (James Tully, Ed., 1988).

18 James Tully, “The Pen is a Mighty Sword: Quentin Skinner’s Analysis of Politics”, en *Meaning and Context*, *supra* nota 17, en 13.

país "democrático" o a otra persona "tolerante" es, en este contexto, una descripción que expresa aprobación —lo cual, a su vez, ayuda a validar las acciones de aquellos que los invocan—. Así, el aspecto y la aparente aceptación de la frase "justicia transicional" es en sí misma una respuesta a una serie de nuevos problemas y un medio para validar las prácticas utilizadas en la atención de esos problemas. Dichas prácticas fueron procesos judiciales, comisiones de investigación, purgas, y políticas de restitución. Este artículo busca esbozar el contenido de la "justicia transicional" cuando la frase fue inventada, y exponer cómo surgieron dichos contenidos[19]. Asimismo, el presente trabajo ayudará a responder a algunas preguntas muy básicas sobre por qué la justicia transicional ha tenido tanta resonancia en algunos contextos, y ha sido o bien recibida con escepticismo o bien ignorada completamente en otros.

No es un hecho irrelevante que la primera aparición del término, buscando en las bases de datos de periódicos internacionales, reportes legales y revistas de ciencias sociales, fuera en el artículo del *Boston Herald* sobre la Charter 77 Foundation de la conferencia en Salzburgo de 1992, "Justice in Times of Transition". El reportero que cubrió la conferencia notó de pasada que esta iba a ser "la primera de una serie anual de conferencias sobre justicia transicional"[20]. En la víspera de la conferencia, sus organizadores, Tim Phillips y Wendy Luers, al igual que otros asesores tales como Herman Schwartz y Ruti Teitel, usaron la frase esporádicamente"[21].

Al final optaron, sin embargo, por describir sus actividades como "justicia en tiempos de transición". Efectivamente, a continuación, ellos fundaron una nueva organización, "Project on Justice in Times of Transition" —Proyecto de Justicia en Tiempos de Transición— (1993),

19 Skinner, en realidad, plantea un argumento mucho más sofisticado sobre la interrelación entre vocabulario político y acción política. Como lo indica Tully, "(u)sar estos términos en la forma convencional sirve para validar prácticas tradicionales". Tratar de usar dicho término en una nueva forma, sin embargo, "servirá luego para re-caracterizar o re-evaluar la situación política que representa; validar una nueva clase de actividad o de creencias, deslegitimizar o reforzar el *status quo*, y así sucesivamente". *Id*. Sin embargo, esta versión no se sustenta en este amplio juego de afirmaciones, sino más bien en lo señalado anteriormente.

20 Mary Jo Palumbo, "New Democracies Debate How to Punish Dictators of Past", *Boston Herald*, 5 de abril de 1992, en 16.

21 Véase, por ejemplo, Letter from Wendy Luers, donde usa la frase "justicia transicional" *en Justice in Times of Transition Files, Folder, Background, to Justice Project* (Early Proposals/Precursors) Cambridge, Mass (5 de diciembre de 1991) (la copia la tiene archivada el autor).

un nombre que Alex Boraine, el futuro vicepresidente de la Comisión Sudafricana de la Verdad y la Reconciliación así como cofundador del Centro Internacional para la Justicia Transicional, tomaría prestado y adoptaría después para su organización Justicia en Transición en Sudáfrica (1994)[22]. Cualquiera que fuera el autor original de la frase, y probablemente hubo varios, entre las cuales la más notable ha sido Teitel[23], su transmisión y aceptación recibió una importante ayuda a mediados de los noventa gracias a la publicación del compendio de cuatro volúmenes de Neil Kritz, *Transitional Justice: How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes* en 1995. Kritz había asistido a la conferencia de Salzburgo de 1992 sobre Justicia en Temas de Transición.

Después de la aparición de estos volúmenes, las referencias a la justicia transicional fueron en aumento y a un ritmo constante durante

22 Boraine había trabajado con el Proyecto sobre Justicia en Tiempos de Transición, que le dio la posibilidad de convocar a algunos de los invitados internacionales a la conferencia de 1994, "Dealing with the Past". Cuando se fue de IDASA, poco después de dicha conferencia, formó su propia organización, que fue la ocasión para adaptar el nombre de Proyecto sobre Justicia en Tiempos de Transición.

23 Ruti Teitel reivindica la autoría de la frase, y es probable que ella haya sido una de las primeras en usarla y que haya sido fundamental para su difusión. Véase la nota editorial de Ruti Teitel, Editorial Note-Transitional Justice Globalized, 2 *Int'l J. of Transitional Just*. 1 (2008). No obstante, hay otros usos durante la misma época, y algunos hasta anteriores. En 1989, los volúmenes del filósofo Kritz fueron reseñados por personas de variadas competencias y afiliaciones institucionales y en muchas publicaciones influentes. Tanto la reseña de Timothy Garton Ash en *The New York Review of Books* como la de Richard Siegel en la revista *Human Rights Quarterly* fueron trabajos sustanciales que situaron el trabajo de Kritz en el contexto de libros con temas afines. Theodore Piccone, abogado del Departamento de Defensa de los Estados Unidos durante el Gobierno de Clinton, redactó un informe para el *American Journal of International Law*. También aparecieron breves recensiones en el *Washington Post* y en el *United Nations Chronicle*. Milton Fisk usó la frase en una discusión sobre transiciones al socialismo en Milton Fisk, *The State and Justice: An Essay in Political Theory*, p. 304 (1989). Más significativa aún es la referencia a "justicia transicional" que hace el sociólogo argentino radicado en los Estados Unidos Juan E. Corradi, en 1992, en un ensayo que escribió para un volumen editado sobre terror de Estado en América Latina. Para él, era "un tipo particular e intensivo de justicia política: el juicio por circulación de un régimen anterior". Añadía: "La justicia transicional es más y menos que la justicia común. Es más porque apunta más allá del simple ordenamiento de las relaciones humanas: busca alcanzar la regeneración moral y política. Es menos porque la justicia común está sujeta a serias irregularidades, es una fórmula política para la eliminación formal de un chivo expiatorio, está imbuida en juicios problemáticos por los que controlan el poder del momento sobre la calidad y la normativa de sus predecesores, y es un acto constitutivo de un nuevo régimen". Juan E. Corradi, "Toward Societies Without Fear", en *Fear at the Edge: State Terror and Resistance in Latin America* 267, 285-86 (Juan E. Corradi, *et al*., Eds., 1992). Por último, hay un capítulo titulado "Transitional Justice" en un libro oscuro de 1948 sobre la ocupación estadounidense de Nuevo México: Arie W. Poldervaart, *Black-Robed Justice* (1948).

los últimos años de la década de los noventa. De entre una amplia variedad de revistas especializadas en 1994, año en que se da la primera referencia, solo una vez se menciona la justicia transicional —una cita de los volúmenes de Kritz en el artículo de Priscilla Hayner "Fifteen Truth Commissions"—[24]. Para el 2000, una búsqueda del mismo conjunto de revistas profesionales mostraba diecisiete referencias. En los principales periódicos anglófonos, la captación fue lenta, aunque en forma ascendente. Los artículos que hacían referencia a la justicia transicional aparecieron en el *Washington Post*, en *Los Angeles Times,* en la revista *Foreign Affairs* y en *The Guardian* (UK)[25].

Los volúmenes del filósofo Kritz fueron reseñados por personas de variadas competencias y afiliaciones institucionales y en muchas publicaciones influyentes. Tanto la reseña de Timothy Garton Ash en *The New York Review of Books* como la de Richard Siegel en la revista *Human Rights Quarterly* fueron trabajos sustanciales que situaron al trabajo de Kritz en el contexto de otros libros con temas afines. Theodore Piccone, abogado del Departamento de Defensa de los Estados Unidos durante el Gobierno de Clinton, redactó un informe para el *American Journal of International Law*. También aparecieron breves recensiones en el *Washington Post* y en el *United Nations Chronicle*. El único informe que apareció fuera de los Estados Unidos fue el ensayo de Steven R. Ratner en el *European Journal of International Law*[26].

Si el libro de Kritz representó un impulso clave de la temprana proliferación del término "justicia transicional", entonces tendría sentido echar un vistazo a los volúmenes mismos para obtener un

24 Priscilla B. Hayner, "Fifteen Truth Comissions—1974 to 1994: A Comparative Study", 16 *Hum. Rts. Q.* 611, 622 (1994).

25 Búsqueda de "justicia transicional" en Lexis entre el 1 de enero de 1950 y el 1 de enero de 2001. Claro está que las medidas que tomadas en conjunto llegaron a conocerse como justicia transicional tienen una historia propia. Por ejemplo, una búsqueda similar del término "comisión de la verdad" rinde resultados irrelevantes (solo ocho menciones) antes del 1 de enero de 1990 (es cierto que esto se debe al hecho de que la comisión argentina no se autodenominó "comisión de la verdad") —y de ahí en adelante se disparan, principalmente por la información sobre la comisión chilena, la comisión de El Salvador y la TRC sudafricana—. Entre el 1 de enero de 1990 y el 1 de enero de 1994, hubo 404 historias que mencionaban "comisión de la verdad"; entre el 1 de febrero de 1994 al 1 de enero de 1998, hubo 1759; y entre el 1 de febrero de 1998 al 1 de enero de 2001, hubo 1377. El pico ocurrió durante la TRC sudafricana.

26 Otros puntos de salida incluían el *Foro de Derecho Penal de New Jersey*, el *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, *Ethics & International Affairs* y la revista *Cambridge Quarterly*.

sentido aproximado del significado que se confiere a la frase, y si es que los críticos aceptaron o no ese significado. Más importante aún es que la estructura de los volúmenes sugiere que la justicia transicional ya era una serie de prácticas completamente formada y bastante bien entendida en 1994 —tanto que uno podría compilar una lista ordenada de medidas de justicia transicional y las controversias que pudieran surgir al asumirlas—. Estas medidas eran comisiones de investigación, procesos judiciales, lustraciones o purgas, y programas de restitución o de reparación.

Lo que Kritz publicó fue un canon de literatura sobre justicia transicional —antes de que cualquier otro estuviera siquiera seguro de que se necesitaba un canon—. Pero ¿en qué consistía ese canon? El subtitulo del libro ofrecía una descripción de justicia transicional: “cómo una democracia emergente enfrenta un régimen anterior”. De esta manera, la justicia transicional era algo asumido por las “democracias emergentes” —Estados que habían pasado por un cambio de régimen—. Todos los que reseñaron los libros, excepto uno que se discutirá más adelante, aceptaron la definición acríticamente. Para Siegel, la justicia transicional “caracteriza(ba) las opciones tomadas y la calidad de la justicia ofrecida en casos donde un nuevo líder reemplaza a su predecesor autoritario y supuestamente responsable de actos criminales tras haber ocurrido la ‘tercera ola de democratización’” —haciendo referencia al famoso libro de Samuel Huntington sobre transiciones a la democracia a finales del siglo XX—[27]. Para el *Washington Post*, la idea básica del libro de Kritz “es presentar las experiencias de países que han tenido una transición más o menos exitosa a la democracia —Bélgica, Chile y Checoslovaquia, por ejemplo— para beneficio de aquellos países que se encuentran en el trance agónico del proceso”[28]. Para Piccone, *Transitional Justice* trataba de “cómo las nuevas democracias han intentado encontrar el equilibrio justo entre corregir los abusos de gobiernos anteriores e integrar a las víctimas y los autores de crímenes en una sociedad post-conflicto”[29]. Por consiguiente, los críticos no solo aceptaron la utilidad del término en sí, sino que también comprendieron y aceptaron el contenido del término propuesto en el trabajo de Kritz.

27 Richard Lewis Siegel, “Transitional Justice, A Decade of Debate and Experience”, 20 *Hum. Rts. Q.* 431, 433 (1998) (reseña).

28 Nonfiction, Wash. Post Bookworld, 12 de noviembre de 1995, en X12.

29 Theodore J. Piccone, “Transitional Justice”, 90 *Am. J. Int’l L.* 540, 541 (1996) (reseña).

Ash fue el único crítico que cuestionó la utilidad de la invención lingüística del término "justicia transicional". Para él, el libro tenía un "titulo muy restringido" y, en realidad, no había una palabra o frase en inglés que capturara toda la gama de procesos que implicaba. Sugirió dos palabras alemanas que ya tenían una historia de uso en alemán: *Geschichtsaufarbeitung* y *Vergangenheitsbewältigung*. "Estas pueden traducirse como 'atendiendo' el pasado" —señaló— "'confrontándolo', 'sobrellevándolo, lidiando con él o asumiéndolo'; incluso 'superando' el pasado. La variedad de posibles traducciones indica la complejidad del asunto en camino"[30]. Después de contemplar los varios métodos para lidiar con el pasado —procesos judiciales, purgas, y varias iniciativas en la búsqueda de la verdad, desde comisiones oficiales hasta la apertura de archivos—, Ash preguntaba quién podría estar mejor dotado para hacer justicia al pasado. Decidió que la respuesta es, o al menos debería ser, un historiador"[31]. Agregó que, "un uso negligente de los archivos de un estado que funcionó mediante la mentira organizada y, especialmente, de los registros venenosos, intrusivos de una policía secreta, puede arruinar vidas. Usarlos cuidadosamente pone a prueba las habilidades críticas que los historiadores aplican rutinariamente a un estatuto medieval o a un panfleto del siglo dieciocho"[32]. A Ash le preocupaba el hecho de que "la verdad es una palabra grande, de la cual a menudo se ha hecho abuso", y estaba dispuesto a ponerle límites[33]. "Se debe medir la importancia de la evidencia con especial cuidado. El texto debe ubicarse en su contexto histórico. La interpretación requiere de distancia intelectual y de compasión imaginativa esencial con todos los hombres y mujeres involucrados, incluso los opresores"[34].

He discutido el artículo de Ash en detalle porque ofrecía una verdadera resistencia al surgimiento de este nuevo término. En particular, desafiaba la idea de que el contenido de lo que Kritz había presentado como "justicia transicional" pudiera capturar complejidades del mundo real. Este desacuerdo es significativo en el sentido de que muestra lo que (quizá sorprendentemente) faltaba en el canon propuesto en el momento

30 Timothy Garton Ash, "The Truth About Dictatorship", *N. Y. Rev. Books*, 19 de febrero de 1998, en 35.

31 *Id.* en 40.

32 *Id.*

33 *Id.*

34 *Id.*

en que se inventó el término: la famosa *Historikerstreit* alemana o el debate de los historiadores de los ochenta. Este debate tenía lugar en los medios de comunicación de Alemania Occidental, al mismo tiempo que las discusiones en América Latina exploraban cómo lidiar con regímenes anteriores. El debate de los historiadores fue un conflicto muy sofisticado y muy público acerca de cómo interpretar la era nazi y el Holocausto. Se cuestionaba específicamente cómo y cuándo la memoria de dichos eventos podría ser “superada” o “dominada” y cómo y cuándo podía ser aceptada una imagen más positiva de la historia alemana. Hasta cierto punto, el debate era también sobre quién tenía la responsabilidad del régimen nazi y sus crímenes —si se trataba de una pequeña argolla de élites que dirigían el Estado (lo que hacía del Holocausto una aberración histórica), o de una amplia franja de la población que activa o pasivamente los apoyaba (lo cual lo convertía en el punto de llegada de un “sendero histórico especial”, o *Sonderweg*)—. Cada posición sobre este asunto tenía un lugar en el espectro político. Aquellos de la “derecha”, como Ernst Nolte, estaban a favor del argumento de que el Holocausto fue una respuesta aberrante a un conjunto particular de condiciones históricas (en este caso, la amenaza del comunismo). Los de la “izquierda”, como Jürgen Habermas, sostenían que era el resultado de proclividades culturales muy arraigadas. Cabe notar que este debate se llevó a cabo cuarenta años después de las persecuciones, procesos de lustración y programas de reparación. Aquellos historiadores más íntimamente vinculados con la producción de la verdad sobre el pasado aún están en desacuerdo sobre lo que significó el pasado, al igual que grandes segmentos de la población alemana.

Esta omisión nos dice algo sobre la concepción que Kritz (y otros) tenían de la justicia transicional. De los cuarenta y dos textos reunidos en el panorama temático de Kritz sobre justicia transicional (vol. 1), ninguno fue escrito por historiadores, y el debate de los historiadores alemanes solo recibe una referencia al paso[35]. La razón de dicha omisión no es difícil de adivinar: los historiadores simplemente no participaron de la producción del libro de Kritz ni desempeñaron un papel importante en las discusiones sobre los temas identificados por Kritz —e implícitamente aceptados por

35 Véase *From Dictatorship to Democracy: Coping the Legacies of Authoritharism and Totalitarianism*, (John H. Herz, Ed., 1982), citado en *Transitional Justice: How Emerging Democracies Reckon with former Regimes*, vol. I, 132, 142 (Neil J. Kritz, Ed., 1995). También aparece brevemente en el vol. II. Véase también Lutz R. Reuter, “How Germany Has Coped: Four Decades Later”, en *Transitional Justice*, vol. II, 63, 67 (Neil J. Kritz, Ed., 1995).

la mayoría— como aquellos que brindan el contenido conceptual para la justicia transicional. En lugar de "asumir" las complejidades históricas (como uno esperaría en un esfuerzo para lidiar con "el pasado"), la justicia transicional aparecía enredada profundamente en problemas *políticos* de naturaleza legal-institucional y de plazo relativamente corto. En realidad, eran problemas de tan corto plazo que se podía lidiar específicamente con ellos durante un período "transicional".

Este análisis es confirmado por el trabajo de Kritz. Podemos identificar tres áreas de interés, algunas veces distintivas y otras entrecruzadas: derechos humanos, derecho y ciencias políticas comparadas. Entre los activistas de derechos humanos que aparecieron en el volumen I estaban José Zalaquett y Aryeh Neier; también se incluyeron fragmentos de las publicaciones de Human Rights Watch y de Amnistía Internacional. Entre los especialistas legales estaban Diane Orentlicher, Carlos Nino, Thomas Buergenthal y Theo van Boven. Finalmente, entre los politólogos estaban Guillermo O'Donnell, Philippe Schmitter, Samuel Huntington, Juan Linz y John Herz.

Es tentador dividir estos grupos en rubros amplios, por ejemplo bajo los títulos de moralidad, ley y política, y luego sostener que la justicia transicional fue un intento de sintetizar los tres. Aunque no del todo desacertado, esto simplificaría un proceso complejo y a menudo contradictorio. De particular interés es el acaso sorprendente papel central conferido al análisis político comparado en lo que se consideraba una agenda de derechos humanos.

2. Sobre las transiciones

Como se ha sugerido, hubo un consenso general sobre la definición de justicia transicional de Kritz como un conjunto de medidas asumidas específicamente por las "democracias emergentes". A pesar de que Timothy Garton Ash ha criticado lo limitado del término "justicia transicional", ofreciendo sus propias alternativas en lengua alemana, las cuales se encuentran cargadas de significados procedentes de los debates de la postguerra alemana, no parecía cuestionar la idea de que son las democracias las que deberían asumir, o las que más probablemente asumen, estas medidas.

Este es un punto importante. Tal y como muestra el libro de Elster, las medidas que ahora asociamos con la justicia transicional han estado presentes por mucho tiempo. Sin embargo, es solo en tiempos recientes

que se han justificado recurriendo a las normas universales tales como los derechos humanos, o que han sido vistas como legítimas solo cuando son asumidas por un Gobierno democrático o como poseedoras de una condición determinada subyacente relacionada con la meta normativa de promover la democracia. Para entender por qué la justicia transicional surgió en el tiempo y en la forma en que lo hizo, necesitamos entender por qué asumió este contenido particular.

Aquí es donde el término “transición” aflora como un concepto crucial. Después de todo, el término “justicia transicional” pudo haber sido simplemente rechazado. Otros términos, como “justicia histórica”, “justicia”, o “superación del pasado”, de Ash, podrían haberse propuesto en su lugar. El término podría haber sido simplemente ignorado del todo —un fracaso conceptual sin legado—. Sin embargo, el término fue aceptado. ¿Por qué pasó eso?[36]

Sobre este punto sería importante pasar de la pregunta de si la “justicia transicional” tuvo resonancia con su público, a mediados de los noventa, y de qué manera, a la pregunta de cómo fue que se creó la capacidad para dicha resonancia antes de la aparición de los volúmenes de Kritz.

2.1. Los derechos humanos y las “ambigüedades de las situaciones transicionales”

Hasta mediados de los ochenta, el objetivo central del movimiento internacional de derechos humanos había sido deshonrar a los Gobiernos represivos para que trataran a sus ciudadanos de una forma más justa. Puesto que los regímenes que algunas organizaciones tales como Human Rights Watch y Amnistía Internacional investigaban eran típicamente represivos, el tema de la responsabilidad por violaciones no era de interés central —ya que ello era a menudo imposible—. El final de los regímenes represivos en América Latina entre inicios y mediados de los años ochenta forzó a un cambio en la estrategia y el pensamiento. En cierto sentido, el movimiento de derechos humanos podía haber perdido —en esos casos particulares— la que había sido su razón de ser principal[37]. Juan Méndez,

36 Por supuesto, no se puede adscribir el “éxito” del nuevo campo de justicia transicional únicamente a su capacidad de tener resonancias; una importante parte de la historia es la creación de instituciones y redes, las cuales no son tratadas en este artículo.

37 Debemos recalcar que las prácticas de “señalar y deshonrar” que asociamos con el movimiento internacional de derechos humanos existen desde hace bastante tiempo. Viene a la mente la campaña antiesclavitud en el Reino Unido y en otros países en los

un exiliado argentino que fue director de Americas Watch (ahora Human Rights Watch) en Washington a inicios de los ochenta, y que es actualmente el presidente del Centro Internacional para Justicia Transicional (NT: Juan Méndez fue presidente del ICTJ hasta el 2009), recuerda que la noción común en aquel tiempo era que "no había un rol para nosotros" después de la caída de la dictadura, ya que el país había "dado vuelta a la página"[38]. Sin embargo, en el momento posterior a la dictadura en Argentina, cuando los grupos locales de derechos humanos pedían justicia, "dicha noción no duró mucho tiempo"[39]. Según Méndez, mientras el Gobierno de Alfonsín armó procesamientos a los jefes militares y formó una comisión de investigación de los abusos cometidos por el Estado, el trabajo por los derechos humanos "pasó, casi sin encontrar grietas (…) de una postura de oposición a una de apoyo"[40]. En efecto, el informe resumen que redactó en 1987, *Truth and Partial Justice in Argentina*, ofrecía un claro panorama de las posturas de Americas Watch en el manejo de crímenes de Estado, el cual brindaba enorme atención al tema de los procesamientos penales y presentaba un análisis y una crítica de las razones políticas por las cuales estos habían sido limitados y luego detenidos[41].

El artículo crucial de José Zalaquett, "Confronting Human Rights Violations Committed by Former Governments", escrito para la conferencia

siglos XVIII y XIX, así como la campaña antitortura en Francia durante la guerra entre Francia y Argelia (1954-1962). Sin embargo, estos fenómenos no constituyeron por sí mismos un movimiento "internacional de derechos humanos" sino que fueron más bien antecedentes de ello. Véase Samuel Moyn, "On the Genealogy of Morals", *The Nation*, 16 de abril de 2007 (Reseña de Lynn Hunt: *Inventing Human Rights: A History* (2007), disponible en http://www.thenation.com/doc/20070416/moyn.

38 Entrevista a Juan Méndez, presidente, Centro Internacional de Justicia Transicional, New York, N. Y. (9 de agosto de 2007). Margo Picken, funcionaria del programa de la Fundación Ford que ayudó a financiar la conferencia del Instituto Aspen, recuerda que diversos Gobiernos y agencias financiadoras en los años ochenta veían a las organizaciones de derechos humanos como buscapleitos en estos nuevos regímenes (que ellos apoyaban). Esta percepción resultó en un desplazamiento del financiamiento: de organizaciones de derechos humanos a organizaciones para la resolución de conflictos —una tendencia que estaba impactando particularmente en América Latina—. Entrevista por correo electrónico a Margo Picken, miembro del London School of Economics and Political Science (10 de diciembre de 2007).

39 *Id.*

40 *Id.*

41 Aunque Americas Watch apoyó intensamente los objetivos de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas, su informe solo dedicó 3 de sus 64 páginas a la comisión. Juan Méndez, Americas Watch, *Truth and Partial Justice in Argentina: An Update* (1991). De acuerdo con Méndez, la razón es que el informe de la CONADEP ya era muy conocido entonces.

del Instituto Aspen de 1988, hizo eco a las opiniones de Méndez sobre el desplazamiento de los intereses de los actores de derechos humanos. Ahí, Zalaquett formuló el dilema en que se encontraban los defensores de derechos humanos a inicios de los ochenta. Señaló que, aunque el movimiento por los derechos humanos había tenido "una palpable presencia internacional" durante el fin de las dictaduras en Grecia, Portugal y España en los años setenta,

> el foco del activismo de los derechos humanos estaba en los abusos vigentes y, solo rara vez, en los abusos pasados o en la prevención de la recurrencia de violaciones de los derechos humanos (…) No obstante, al inicio de los ochenta, las organizaciones de derechos humanos han tenido que centrarse mucho más en temas de derechos humanos relacionados con transiciones políticas[42].

Zalaquett adujo adicionalmente que este giro en el activismo de los derechos humanos planteaba nuevos problemas con respuestas nada fáciles:

> El frágil carácter de los progresos [en las nuevas democracias] hicieron que las organizaciones de derechos humanos tomaran conciencia del hecho de que las medidas que son claras desde la óptica de la normativa de los derechos humanos podían tener implicancias políticas no deseadas, las cuales, a su vez, afectarían negativamente a los derechos humanos. Las organizaciones de derechos humanos fueron así, inevitablemente, arrastradas hacia las ambigüedades de las situaciones transicionales[43].

Los nuevos desarrollos cruciales de los años ochenta fueron las transformaciones políticas, especialmente los alejamientos del poder autoritario. El debate en la conferencia del Instituto Aspen se centró principalmente en lidiar con las oportunidades y riesgos asociados a estos cambios. En ese sentido, el análisis político y la argumentación moral

---

42 Zalaquett, "Confronting Human Rights Violations", *supra* nota 6, en 24. Se debería tomar en cuenta que aunque parte de este artículo fue publicado nuevamente en *Transitional Justice*, vol. 1 de Kritz, las primeras secciones, que están citadas aquí y que describen las razones para un cambio en el activismo de los derechos humanos en los años ochenta, fueron omitidas del fragmento de Kritz.

43 *Id.* en 25.

fueron los modos discursivos claves empleados por los participantes. Así, una de las presentaciones estuvo a cargo del científico político John Herz, un renombrado académico que había sido también actor en los esfuerzos de "des-nazificación" después de la Segunda Guerra Mundial. La presentación versó sobre varios de los países (Alemania, Grecia, España) que habían sido estudiados en su libro pionero *From Dictatorship to Democracy: Coping with the Legacies of Authoritarianism and Totalitarianism* (1982). Las ponencias de Zalaquett y Jaime Malamud-Goti consideraron, de modo similar, las implicancias políticas de las medidas de justicia, y Zalaquett incluso planteó una tipología de transiciones en la que se indicaba los límites que cada tipo pondría en los esfuerzos de la justicia.

Estas transformaciones eran entendidas como cambios que tomaban, o que se esperaba que tomaran, una forma particular: transiciones a la democracia. Esto no es intrascendente. Los cambios de regímenes políticos no eran nada nuevo en sí mismos. Hacia dónde llevarían esos cambios a la larga era impredecible y el escrutinio subsiguiente ha mostrado que muchas de las llamadas transiciones a la democracia, anunciadas como parte de la "tercera ola" de democratización, no fueron tales. El hecho de que estos cambios se percibieran en ese momento, y casi universalmente, como "transiciones a la democracia" es un factor impactante que exige una explicación.

2.2. ¿Por qué un paradigma de "transiciones"?

Se ha visto que la influyente noción de una transición a la democracia surgió como el principal paradigma para interpretar la apertura de los regímenes autoritarios. Pero ¿qué es una "transición", y por qué fue esto tan resonante? Los diversos casos de cambio político en todo el mundo desde la Segunda Guerra Mundial se resisten a ser categorizados según una tipología neta. Se podrían usar muchos términos: tal vez algunos países pasaron por "revoluciones", otros por "transferencias de poder", otros por "cambio de régimen", o tal vez por "transiciones" de uno u otro tipo. Estos términos encapsulan cambios del capitalismo al socialismo, de una dictadura militar a un Gobierno civil, del autoritarismo a la democracia, del comunismo a la democracia liberal, del comunismo a la economía de mercado, y aún más. Las variedades del cambio son, en realidad, bastante asombrosas.

Entonces, ¿cómo es que un lente particular —el de una "transición a la democracia"— se convirtió en el dominante y llegó a ser aquel por

el cual se interpretó el cambio político a inicios de los años ochenta? La primera y más obvia razón es el hecho de que la reforma democrática era una meta declarada por importantes segmentos de la población en los países que, en ese entonces, atravesaban un cambio político. Puede ser que haya habido otras metas, a veces complementarias, tales como el establecimiento de un Gobierno civil o la creación de una economía de mercado, pero las exigencias de una democratización del poder político fueron rasgos innegables de estos eventos, al margen de los términos usados para describirlos.

No obstante, este punto todavía nos deja con otra pregunta: ¿por qué estos cambios fueron considerados "transiciones" a la democracia? ¿Por qué no se vieron estos fenómenos, por ejemplo, como simplemente el comienzo de un largo e interminable proceso para establecer condiciones sociales para las instituciones democráticas —incluyendo un cambio en las estructuras socioeconómicas, hábitos de conducta y condiciones estructurales que dieran lugar a una esfera pública floreciente—?

Esto nos lleva a una segunda razón para el paradigma de "transiciones", muy destacada por los observadores, y es que las tempranas teorías de la democratización, vinculadas a la teoría de modernización, habían perdido su validez previa y tenían que ser reemplazadas. En los años sesenta, por ejemplo, en el apogeo de los esfuerzos de modernización, los legisladores liberales occidentales y los politólogos no hablaban de "transiciones a la democracia" sino más bien de la modernización socioeconómica como precondición de un proceso evolutivo de desarrollo político. Un ejemplo bien conocido de esta teoría fue el trabajo de W. W. Rostow, economista, teórico político y consejero de seguridad nacional tanto en los Gobiernos de Kennedy y de Johnson, quien sugirió que las sociedades pasaban por etapas de crecimiento social y económico, y que dicho crecimiento era una precondición para el surgimiento de una sociedad capaz de sostener instituciones democráticas[44]. La noción de que una democracia podía establecerse en casi cualquier país sin mucha referencia a las condiciones socioeconómicas —es decir, a través de una "secuencia" abreviada de negociaciones entre élites y reformas legales e

44 Véase W. W. Rostow, *The Stages of Economic Growth: A Non-Communist Manifesto* (3.ª ed. 1990). Sobre la teoría de la modernización y su impacto en la política exterior de los Estados Unidos, véase Nils Gilman, *Mandarins of the Future: Modernization Theory en Cold War America* (2003); Michael E. Latham, *Modernization as Ideology: American Social Science and "Nation Building" in the Kennedy Era* (2000).

institucionales, y no a través de etapas socioeconómicas de largo plazo— era algo nuevo[45].

Junto con las críticas a la teoría de la modernización, hubo una tercera razón: la correspondiente rehabilitación del término "transición" y un desplazamiento de su significado. Las "transiciones" habían sido discutidas (e implementadas) durante mucho tiempo por los marxistas como una serie de pasos concretos que una sociedad podía tomar para que la condujeran, en un período de tiempo condensado (o "telescopiado"), al establecimiento de una sociedad socialista o comunista. En realidad, los marxistas habían puesto un cerrojo virtual al concepto, al cual usaban como un dispositivo para entender y programar diversos tipos de transformaciones sociales. Las discusiones sobre la transición del feudalismo al capitalismo, del capitalismo al socialismo y del socialismo al comunismo provocaron mucha gran teorización durante el siglo XX, desde la revolución bolchevique hasta la revolución nicaragüense[46]. Estas transiciones, sin embargo, eran típicamente entendidas como procesos de transformación social —a veces impulsadas por élites (por una "vanguardia"), otras veces siguiendo una restructuración del orden socioeconómico, pero que siempre acarreaban cambios a nivel estructural de la sociedad y de la economía. Al reciclar el concepto de una "transición", los analistas de los años setenta y ochenta lo reformularon en términos de reforma política en lugar de transformación social. En este modelo, las transiciones se interpretaron como procesos que tomaban lugar, primeramente, en el nivel legal-institucional de la política.

El sociólogo Nicolás Guilhot escribe sobre esta particular transformación conceptual ubicándola principalmente dentro de la crítica de las explicaciones funcionalistas del cambio político. Al iniciarse la década de los setenta, las explicaciones estructurales del desarrollo social y político (como la teoría de la modernización) fueron criticadas en favor de modelos que ponían énfasis en la agencia y la elección, particularmente entre las élites políticas. "La evolución del análisis comparativo del cambio en los ochenta", escribe haciendo referencia a los

45 Para una referencia al reemplazo de "etapa" por "secuencia" en las teorías de desarrollo político empezando la década de los sesenta, véase Gilman, *supra* nota 44, en 90.

46 Véase Nicolas Guilhot, "The Transition to the Human World of Democracy: Notes for a History of the Concept of Transition, from Early Marxism to 1989", 5 *Eur. J. Soc. Theory* 219 (2002).

estudios de Juan Linz, así como a los de Guillermo O'Donnell y Philippe Schmitter, "tomó, efectivamente, el camino de la investigación sobre el papel de 'emprendedores institucionales' o élites". Pero el golpe no fue recibido únicamente por la teoría de la modernización prevaleciente en las instituciones académicas y normativas norteamericanas. También fueron criticados los modelos inspirados en el marxismo, tales como la teoría de la dependencia y la teoría de los sistemas mundiales. Guilhot continúa diciendo:

> Así, la gran teoría tuvo que ser reemplazada por un enfoque más sectorial y orientado a las políticas desde el cual el cambio social ya no sería un fenómeno autónomo y omniabarcador sino que podría ser visto como un *resultado* dependiente de las estrategias y elecciones específicas de una élite política particular[47].

Las teorías de la evolución socioeconómica fueron reemplazadas por enfoques tecnocráticos para planificar el cambio político.

La razón final, relacionada con este proceso de reciclaje del concepto de "transiciones" para los fines de la democratización, es la decadencia global de la izquierda radical durante los setenta y el cambio ideológico concomitante en favor de los derechos humanos. Esta desrradicalización de movimientos sociales es tan importante en esta historia como el final de la Guerra Fría que la precedió en más de una década. En el continente americano, así como en Europa, las filiaciones ideológicas de izquierda de los sesenta cedieron el lugar a retrocesos y autocríticas. Tras abandonar en los años setenta la idea de que la Unión Soviética, Cuba y muchos Estados sociales africanos eran modelos admirables, muchos en la izquierda hicieron un giro en contra de la ideología política y a favor del marco moral de los derechos humanos. El apoyo a los disidentes de Europa del Este se volvió un punto central en las acciones de patrocinio, particularmente en Europa —y tal apoyo fue tal vez más elocuente por parte de los excomunistas o simpatizantes de izquierda que deseaban corregir sus propios errores políticos del pasado.

La defensa de los derechos de los individuos era, en opinión de aquellos, la única respuesta adecuada para los abusos generalizados (y, de hecho, las matanzas) causados por los modos de represión política

47 *Id.* en 235.

tanto de derecha como de izquierda[48]. En América Latina, entre las razones más citadas del declive de las fortunas de la izquierda radical se incluye la muerte del Che Guevara en Bolivia, el desencantamiento frente a la senda de la revolución cubana, el derrocamiento de Salvador Allende en 1973 y la derrota de los movimientos guerrilleros urbanos. Todos estos eventos alentaron una revaluación de las tácticas de la izquierda radical (por ejemplo, la acción militar en algunos casos, políticas de nacionalización y expropiación, en otros) para producir una transición al socialismo, así como el abandono de los compromisos con la revolución en general[49]. Algunos han citado el impacto específico de este cambio entre intelectuales, impacto estimulado ya sea por la admiración de los exiliados hacia los experimentos socialdemócratas de los cuales fueron testigos en Europa, o por el pensamiento crítico dentro de la misma comunidad intelectual local. En Chile, a finales de los ochenta y principios de los noventa, un intelectual muy influyente, Javier Martínez, observó que "el Partido Socialista cambió completamente su discurso porque un grupo de intelectuales —sociólogos, filósofos, historiadores— en parte como eco a la discusión europea, pero básicamente tomando con seriedad el problema de la democracia, comenzaron a cuestionar las bases del pensamiento marxista-leninista"[50]. De cualquier forma, tal y como lo ha señalado Guillermo O'Donnell en referencia a las transiciones de los ochenta, "(n)unca el 'prestigio' ideológico de la democracia política ha sido tan grande en Latinoamérica como hasta ahora"[51].

En conexión con este cambio, las organizaciones internacionales de derechos humanos tuvieron creciente atracción y visibilidad. En actitud militante contra el sesgo ideológico que había permitió que

48 Véase Nicolas Guilhot, *The Democracy Makers: Human Rights and International Order* (2005); Robert Packenham, *The Dependency Movement: Scholarship and Politics in Development Studies* (1992); Moyn, *supra* nota 37.

49 Estos son eventos complicados que no sería justo describir en unas pocas frases. Para una revisión de estos temas, véase Norbert Lechner, "De la revolución a la democracia", *Ciudad Futura*, 2 (1986); Steve Ellner, Latin American Studies Assoc., "The Latin American Left Since Allende: Perspectives and New Directions", 24 *Latin Am. Res. Rev.*143 (1989); Ronald Munck, "Farewell to Socialism? A Comment on Recent Debates", *Latin Am. Persp.*, abril 1990, en 113.

50 Jeffrey M. Puryear, *Thinking Politics: Intellectuals and Democracy in Chile, 1973-1988*, en 64 (1994).

51 Guillermo O'Donnell, "Introduction to the Latin American Cases", en *Transitions From Authoritarian Rule: Latin America* 15 (Guillermo O'Donnell *et al.*, Eds., 1986).

algunos regímenes represivos estuvieran exentos de crítica, Amnesty International y los Watch Committees apuntaron explícitamente a lograr un "equilibrio" en su difusión sobre abusos en todo el mundo[52]. Los fundadores del grupo humanitario Médecins Sans Frontières sostenían que la organización debería públicamente estar del lado de las víctimas, en lugar de estar del lado de cualquier agenda política particular[53].

En resumen, la atracción del paradigma de transiciones a la democracia debe ser entendida teniendo como telón de fondo cuatro condiciones: en la mayoría de los países que atravesaban cambios políticos, la democracia era una meta deseable para mucha gente; la deslegitimación de la teoría de la modernización; la transformación del concepto de transición de instrumento de transformación socioeconómica en reforma legal-institucional; y la decadencia global de la izquierda radical. Este último fenómeno, he sugerido, tuvo repercusiones directas en el movimiento de derechos humanos, mientras muchos en la izquierda abandonaron el lenguaje de la lucha de clases para describir la violencia de Estado, en favor del lenguaje de los derechos humanos. Como observa Ronaldo Munck con respecto al desencantamiento de la izquierda latinoamericana con el socialismo, "(l)a lucha contra el poder militar se había centrado mayormente en el tema de los derechos humanos, una política defensiva que sustituyó la visión de una alternativa socialista"[54]. O, como ha señalado James Petras, "la violencia de Estado se analizó en términos de violaciones de los derechos humanos, no como expresiones de la dominación de clase"[55]. Este fue un importante cambio para

52 Margaret E. Keck y Kathryn Sikkink, *Activists Beyond Borders: Advocacy Networks in International Politics* 88-90 (1998).

53 Bernard Kouchner, cofundador de MSF en 1971 y una de las lumbreras de los Jóvenes Comunistas en Francia durante la guerra de Francia contra Argelia, abandonó el marco de la "revolución vs. contra-revolución" a través del cual él visualizaba las luchas en el Tercer Mundo en una visita a Biafra a finales de los sesenta. Para una historia exhaustiva de la relación MSF con la izquierda radical, véase Anne Vallaeys, *Médecins Sans Frontières: La Biographie* (2004).

54 Munck, *supra* nota 49, en 114. Munck continúa, "La abrumadora presencia del estado bajo el ejército incentivó la autocrítica del estatismo propio de la izquierda (…) Sobre todo, la lógica de la guerra, como la practicaban los regímenes militares, llevó a que partes de la izquierda armada cuestionara su propio militarismo en el pasado". Para Munck, estas autocríticas alimentaron el giro hacia los derechos humanos, la democracia y el interés en promover una sociedad civil.

55 James Petras, "The Metamorphosis of Latin America's Intellectuals", *Latin Am. Persp.*, abril 1990, en 102, 104. Usando un marco de análisis explícitamente marxista (a lo Gramsci), Petras sostiene que la persecución de los regímenes militares a intelectuales y académicos en los setenta llevó a esta "clase intelectual" hacia una

aquellos que habían pasado por (o tomado parte en) la exaltación política de los sesenta e inicios de los setenta, y que habían simpatizado con los experimentos socialistas.

2.3. ¿Cuál transición —y por qué es importante para la justicia—?

El distanciamiento ideológico de la política de la izquierda radical es un importante componente de la historia de la justicia transicional por una razón más: el simple hecho de que las transiciones al socialismo pueden implicar reclamos de justicia muy diferentes de los de las transiciones a la democracia. Mahmood Mamdani —uno de los participantes en la conferencia del Instituto Aspen de 1988— ha escrito con cierto sentimiento de ambivalencia sobre su propia experiencia como miembro de la primera generación post colonial en África. Describe la seguridad que él y su grupo sintieron en cuanto al diagnóstico que hicieron del legado más importante del colonialismo: principalmente económico, no político; tenía que ver con el dolor social, no con violaciones de los derechos humanos individuales. "En la década siguiente a la independencia política africana", dice, "intelectuales militantes nacionalistas se enfocaron en la expropiación del nativo como el gran crimen del colonialismo"[56].

Esta afirmación, aunque generalizadora, fue verdadera en muchos casos. Como corolario, se consideró a menudo que el mejor medio para la *rectificación* de la explotación colonial era un conjunto de políticas económicas y sociales que colocaran deliberadamente el poder del Estado en el centro de las garantías para la justicia social, y que fueron guiadas por modelos socialistas y no por modelos capitalistas o liberal-democráticos. Las transiciones socialistas fueron defendidas por líderes como Kwame Nkrumah, Sékou Touré y Julius Nyerere, no necesariamente porque

creciente dependencia de apoyo exterior, especialmente el que emana de los Estados Unidos y Europa. Petras traza el ascenso de centros de investigación financiados desde el extranjero, tales como CEDES (Argentina), FLACSO (Chile), y CEBRAP (Brasil), dirigidos por "empresarios investigadores locales". Estos investigadores constituyeron una "nueva clase de intelectuales "internacionalmente" orientados (…) incrustada en relaciones dependientes con redes extranjeras". Aunque Petras solo menciona a un investigador por su nombre —Guillermo O'Donnell— gran parte de su análisis se refiere obviamente a Fernando Henrique Cardoso, un pensador líder en el movimiento *dependentista*, cofundador de CEBRAP, y luego presidente de Brasil. *Id*. en 106, 112 n. 3.

56 Mahmood Mamdani, "Beyond Settler and Native as Political Identities: Overcoming the Political Legacy of Colonialism", 43 *Comp. Stud. Soc'y & Hist*. 651 (2001).

sintieran alguna afinidad ideológica con la Unión Soviética, aunque algunos de ellos sí la sintieron. Los líderes estaban, más bien, interesados en —como sugiere Mamdani— usar el Estado para recapturar el poder económico que había sido tomado injustamente y que, todavía, estaba en manos de compañías, Gobiernos y personas extranjeros[57]. Los Estados recién independientes usaron a veces la expropiación y la nacionalización como herramientas para rectificar la injusticia del pasado y encabezaron el esfuerzo para que los derechos sociales y económicos fueran reconocidos como contrapartes iguales de los derechos civiles y políticos. Prosser Gifford y William Roger Lewis, editores de un muy inspirador trabajo de dos volúmenes sobre "transferencias de poder", en África entre 1940 y 1960, resumen lo que en esos contextos significó "romper con el pasado". Según esos países, "se debe hacer una ruptura neta con el pasado colonialista". Gifford y Lewis sugieren que, "debe haber un nuevo comienzo hacia la reestructuración de las sociedades africanas sobre la base de igualdad económica y justicia social. Sería poco prudente que los estudiosos occidentales de África subestimaran el persistente sentido de indignación respecto de la herencia de explotación e igualdad"[58]. "Lidiar con el pasado", en este contexto, significaba algo bastante diferente de las evocaciones actuales de justicia transicional.

Mencionamos este conjunto de posturas alternativas no para argumentar en favor de ellas sino, principalmente, como una importante impugnación de las historias de la justicia transicional que las ignoran. Por lo general es un error hacer amplias declaraciones sobre la historia global posterior a la Segunda Guerra Mundial refiriéndose solamente a la Guerra Fría. Ruti Teitel, en particular, sostiene que la incompleta internacionalización de la justicia representada por el tribunal de Núremberg fue puesta en embargo por el estallido de la Guerra Fría. De esa manera, la justicia transicional entró en un paréntesis por casi cuarenta años hasta el establecimiento de los tribunales internacionales *ad hoc* para procesar los crímenes en Ruanda y la antigua Yugoslavia. Aunque afirmar que la justicia internacional fue limitada por la Guerra Fría no sea totalmente incorrecto, ya que las tensiones de la Guerra

---

57 Para una discusión del socialismo africano y una comparación de las ideas de Nkrumah y Nyerere, véase Steven Metz, "In Lieu of Orthodoxy: The Socialist Theories of Nkrumah and Nyerere", 20 *J. Mod. Afr. Stud.* 377 (1982).

58 Prosser Gifford y William Roger Lewis, Introduction, en *Decolonization and African Independence: The Transfers of Power*, 1960-1980, en xxv (Prosser Gifford y Wm. Roger Lewis, Eds., 1988).

Fría estaban jugando claramente un papel, esta afirmación simplifica peligrosamente y colapsa efectivamente décadas de historia. En los casos de Madagascar, Kenia, Indochina y Argelia (por citar algunos), la ausencia de un pedido de cuentas internacional por la represión sistemática padecida por poblaciones civiles en los años cuarenta y cincuenta no fue una "consecuencia" de la Guerra Fría. Uno podría proponer, más bien, como muchos lo hicieron entonces, que la razón por la cual no se había establecido una corte permanente para procesar crímenes internacionales después de la Segunda Guerra Mundial fue precisamente que las grandes potencias, como Francia, temían que sus propios soldados fueran llevados a juicio por violaciones cometidas en las colonias[59]. Y no se debería olvidar que las antiguas potencias coloniales —especialmente Francia— continuaron desempeñando roles económicos y militares fuertes en sus antiguas colonias, lo que hacía que la adopción de medidas de rendición de cuentas fuera muy difícil.

Estas posturas también muestran que no parece haber una razón para suponer que haya contenidos transhistóricos en las demandas de justicia después de un cambio de régimen. Existían demandas post coloniales de justicia por las frecuentes violaciones sistemáticas y masivas de un régimen colonial previo —pero a menudo estaban simplemente formuladas en clave diferente[60]. Y sin embargo esas demandan no constituían lo que Kritz y otros han considerado justicia transicional.

59 Uno de los reclamos expresados, y no el menos importante, fue hecho por Jean-Paul Sartre durante el proceso del Tribunal Russell de 1967, cuando se discutía por qué fue que no se había establecido un tribunal como el de Núremberg para procesar a miembros del Gobierno francés después de la masacre de Sétif en Argelia, en 1945. Véase Jean-Paul Sartre, "On Genocide", en *Against the Crime of Silence: Proceedings of the International War Crimes Tribunal* 615 (John Duffett, Ed., 1968).

60 No solo los antiguos Estados coloniales, sino también las antiguas potencias coloniales demostraron cierto interés en "transitar" al socialismo. Durante la revolución portuguesa de 1974-1976, se promulgó políticas de nacionalización y de expropiación de tierras y la Constitución de 1976 proclamó que el objetivo de la nueva república era garantizar la "transición al socialismo". La política francesa en los setenta estuvo marcada también por una "Unión de la Izquierda" entre el Partido Socialista y el Partido Comunista, cuya meta públicamente establecida fue la de nacionalizar más del 50 por ciento de la economía (el plan, puesto finalmente en marcha por los Socialistas en 1981, implicó muchísimo menos de este porcentaje). Sobre Portugal, véase Kenneth Maxwell, "Regime Overthrow and the Prospects for Democratic Transition in Portugal", en *Transitions from Authoritarian Rule: Southern Europe* 109, 132-36 (Guillermo O'Donnell y Philippe Schmitter, Eds., 1986); sobre Francia, véase Bernard E. Brown, *Socialism of a Different Kind: Reshaping the Left in France* (1982).

2.4. Transiciones del autoritarismo a (ojalá) una democracia

En parte, se podría comprender la clave en la que Kritz y muchos otros compusieron las demandas de justicia transicional mediante un examen de las descripciones del cambio político que los observadores desde las ciencias sociales, a veces llamados “transitólogos”, desarrollaron a finales de los setenta y en los ochenta. Es útil dar una mirada a estas descripciones por dos razones. En primer lugar, porque ofrecen penetrantes análisis de hechos políticos, los cuales nos ayudan a comprender las dificultades prácticas que los actores afrontaban en países como Argentina, Brasil, Uruguay y muchos otros. Así, sus descripciones ayudarán a aclarar los contextos políticos de los cuales surgieron las demandas de justicia transicional. Segundo, es útil comprenderlos porque tuvieron influencia en la aportación de un vocabulario conceptual (por ejemplo, “transiciones”, “crisis”, “consolidación” y “secuencia”) que fue apropiado por actores en el campo emergente, lo que culminó en la canonización de sus trabajos por Kritz.

En 1978, el politólogo argentino Guillermo O’Donnell, el científico político norteamericano Philippe Schmitter y el sociólogo brasileño (y luego presidente de Brasil) Fernando Henrique Cardoso se concentraron en las “transiciones” como un área de exploración crucial. Los tres integraron un consejo asesor recientemente formado para el Programa Latinoamericano para Académicos del Woodrow Wilson Center, y con la ayuda del director del programa, Abraham Lowenthal, diseñaron un nuevo e innovador proyecto. Pensando en que la investigación podría ayudar a identificar oportunidades políticas para impulsar la apertura de regímenes autoritarios y ofrecer estrategias para impulsar el cambio, desarrollaron un programa de charlas y conferencias bajo los auspicios del Wilson Center[61]. Entre los participantes del proyecto estaban los políticos y politólogos chilenos Sergio Bitar, Claudio Orrego Vicuña y Manuel Antonio Garretón; el científico político y político José María Maravall; así como connotados académicos como Juan Linz, Terry Lynn Karl, y Adam Przeworski. Así, los participantes procedían de varias formaciones académicas, y algunos, como Cardoso, eran a la vez académicos y actores políticos. Bitar (antiguo ministro en el Gobierno de

61 Cardoso, si bien era un arquitecto central del proyecto, fue forzado a atenuar su participación cuando se involucró en la política electoral en Brasil a fines de 1978. Entrevista a Abraham Lowenthal, profesor, University of Southern California, por vía telefónica (6 de agosto de 2007).

Allende) y Genaro Arriagada (politólogo que había estado afiliado con el Proyecto Latinoamericano del Wilson Center) movilizaron más tarde una coalición de la sociedad civil contra el referéndum de 1988 para extender la presidencia de Pinochet por ocho años más, y se convirtieron en importantes figuras políticas[62].

Orrego también siguió una carrera política, mientras que Garretón (hermano de Roberto Garretón, un prominente abogado de derechos humanos) se ha vuelto un muy conocido experto en transiciones democráticas. Maravall, autor de *La transición a la democracia en España* (1982), fue también ministro del Gobierno español en los ochenta. Los miembros de este grupo académico-activista fueron a menudo seleccionados precisamente por sus dobles credenciales —nada extraordinario bajo las dictaduras latinoamericanas—. El propio O'Donnell fue representante de este grupo, ya que había sido líder de estudiantes antiperonistas mientras sacaba su título de abogado en los años cincuenta y, después de graduarse, incursionó en la política. Fue designado el viceministro más joven en la historia de Argentina en 1963, pero su carrera fue interrumpida por el golpe del general Juan Carlos Onganía en 1966, al cabo de lo cual se fue de Argentina y terminó en Yale. Fue ahí donde emprendió la investigación que lo llevaría a su ahora clásico trabajo, *Modernization and Bureaucratic Authoritarianism* (1973)[63]. El caso de O'Donnell no fue el único. En Chile, por ejemplo, la represión política había empujado a políticos de la oposición a la academia y centros de investigación, como uno de los pocos espacios "liberales" donde podían reunirse y debatir —y donde podían recibir financiamiento para su trabajo de parte de actores externos como la Fundación Ford—[64]. De acuerdo con Bitar, surgió "una clase de mixtura extraña de intelectuales políticos", lo cual se refiere a "intelectuales que asumen la política y políticos que por primera vez reflexionan desde una perspectiva doctrinaria sobre grandes temas de estado"[65].

La privilegiada ubicación institucional y el gravitante capital político e intelectual asociado al proyecto Transiciones le dan una importancia particular en la comprensión de cómo las transiciones pueden haber

62 *Id.*

63 Véase Guilhot, *The Democracy Makers*, *supra* nota 48, en 123-24.

64 Puryear, *supra* nota 50, en 57.

65 Sergio Bitar, citado en *id.*

sido “relevantes” para los derechos humanos. Esto no quiere decir que este proyecto fuera el origen de un concepto de transiciones o el único actor importante para su difusión —no había un solo concepto para ello y había otros actores—[66]. Por ejemplo, en ese tiempo también se estaba procesando un esfuerzo paralelo bajo la dirección de John Herz, uno de los participantes en la conferencia del Instituto Aspen[67]. Si bien este esfuerzo también debe ser reconocido, este ensayo se enfoca en el proyecto Transiciones, principalmente porque este operaba como un nexo entre una élite de académicos latinoamericanos y estadounidenses con acceso directo y con participación en políticas y en la política. Un actor clave en este nexo fue Lowenthal, quien fue director de estudios en el Consejo de Relaciones Exteriores antes de que se estableciera el Programa Latinoamericano en el Woodrow Wilson Center, y que más adelante desarrollara, después de consultar con Cardoso, la idea para el Diálogo Inter-Americano, un grupo de debate sobre políticas que comprendía a políticos de alto nivel, líderes empresariales y académicos del continente americano[68]. El proyecto Transiciones dio como resultado la publicación de los libros *Transitions from Authoritarian Rule* (1986), los

66 Nicolas Guilhot describe con mucho más detalle los vectores de la transmisión de la idea de las “transiciones” en Guilhot, *The Democracy Makers*, *supra* nota 48. Él elabora una importante distinción entre un análisis de izquierdas de las transiciones manifestado por actores, tales como los del grupo Woodrow Wilson, y el análisis neoconservador promovido por aquellos asociados con la política exterior de Reagan.

67 Herz organizó dos conferencias en 1979 y 1980 sobre el análisis comparado de “el colapso de las dictaduras y su transformación en las democracias sucesivas” en la City University de New York. El resultado fue From Dictatorship to Democracy, *supra* nota 35. Este trabajo, por supuesto, excluye la consideración de casos latinoamericanos y se enfoca principalmente en las transformaciones posteriores a la Segunda Guerra Mundial en Europa y Japón. También considera a Grecia, Portugal y España.

68 Entrevista a Lowenthal, *supra* nota 61. Lowenthal recuerda que la motivación para el Diálogo fue encontrar un contrapeso a las políticas del Gobierno de Reagan en Latinoamérica. Durante un viaje a Chile y Perú en 1982, justo después de la Guerra de las Malvinas, Lowenthal había quedado impactado por lo “perpleja” que estaba la gente por la obsesión del Gobierno con América Central. Convencido de que había mucho más agitación entre la gente de lo que había visto durante su carrera desde los años sesenta, y de que Washington no estaba prestando atención, quiso encontrar un modo de incorporar aquellas inquietudes en las discusiones en Washington. Se reunió con Cardoso en un almuerzo de último minuto en Brasil, y este lo ayudó a desarrollar la idea. La primera reunión del Diálogo en noviembre de 1982 incluyó un intercambio de una hora con el secretario de Estado George Schultz y acabó con un informe de hora y media con el vicepresidente George H. W. Bush. Hoy en día, el Diálogo incluye entre sus miembros a Cardoso, Alfonsín, Bitar, el antiguo presidente chileno Ricardo Lagos, Joaquín Villalobos, Moisés Naím, más una gran cantidad de eminentes políticos y líderes de opinión estadounidenses. Véase Inter-American Dialogue, disponible en http://www.thedialogue.org.

cuales ofrecen una rigurosa e influyente ventana para mirar los procesos, riesgos y desafíos de las transiciones democráticas —en particular sobre muchos casos que, como España, Argentina, Uruguay y Brasil, fueron importantes para el desarrollo del campo de la justicia transicional—. Aunque O'Donnell y Schmitter de ninguna manera aseguraron que una transición desde del autoritarismo llevaría a la democracia, sí reconocieron que el impulso normativo que guiaba su trabajo era que una transición a la democracia sería un resultado deseable, y que lo que ellos querían ofrecer era un "instrumento usable" para aquellos que trataran de efectuar una transición a la democracia[69].

Una de las razones por la que el proyecto tuvo tanta influencia fue porque apartó el foco de atención del análisis de condiciones estructurales para la democracia, que había sido el pilar principal de anteriores intereses de la ciencia social y la formulación de políticas. Estos incluían temas como las condiciones conductuales, institucionales, sociales o económicas para la democracia —temas que orientaban a una explicación estructural antes que causal de la democracia—. En efecto, Dankwart Rustow señaló un importante vacío en las versiones estructurales en un artículo pionero de 1970, "Transitions to Democracy: Toward a Dynamic Model"; específicamente, que hasta ahora los investigadores habían tendido a

> Hacer el mismo tipo de pregunta y apoyar sus respuestas con el mismo tipo de evidencia. La pregunta no es cómo un sistema democrático cobra existencia. Sino, más bien, cómo una democracia, asumida para tener ya existencia, puede conservar más o mejorar su salud y estabilidad[70].

De esta manera, el tipo de pregunta que se hace casi universalmente es por qué los países anglosajones y escandinavos tienen democracias que funcionan sin problemas, mientras que Francia y Alemania son proclives a la crisis —en lugar de intentar entender los procesos que se desarrollan en países "al borde de la democracia" como "Ceilán, Líbano, Turquía, Perú o Venezuela"—[71].

69 Guillermo O'Donnell y Philippe Schmitter, *Transitions from Authoritarian Rule: Tentative Conclusions About Uncertain Democracies* 5 (1986).

70 Dankwart A. Rustow, "Transitions to Democracy: Toward a Dynamic Model", en *Transitions to Democracy* 14 (Lisa Anderson, Ed., 1999).

71 *Id.* en 340.

Es precisamente esta ortodoxia la que desafió el proyecto Transiciones. Su tema clave fue que los orígenes de las democracias se encuentran en las opciones políticas y no en las condiciones estructurales —y estas opciones las toman las élites—. Recurriendo a los estudios de caso que habían encargado para el proyecto, O'Donnell y Schmitter enfatizaron la incertidumbre inherente de los resultados transicionales, rechazando la opinión de que las iniciativas que se aplican a períodos estables fueron adecuadas para los períodos transicionales. Del mismo modo, atribuyeron enorme potencia causal a la toma de decisiones, particularmente por parte de las élites. También recalcaron la importancia de negociar los resultados políticos, especialmente en la forma de pactos entre grupos de élite. Este último punto fue uno de los elementos centrales de su argumento. Dividieron la secuencia de "momentos" transicionales en una serie de pactos, cada uno de los cuales ofrecerían garantías mutuas de protección de varios grupos de interés —empezando por el Ejército hasta llegar a élites empresariales y políticas—. Si bien los pactos son inherentemente no democráticos en términos de procedimientos, son también el mejor método de mantener la estabilidad necesaria para establecer una democracia, concluyeron[72].

O'Donnell y Schmitter ofrecieron más precisiones aun. Destacaron la resurrección de la sociedad civil y la necesidad de "reestructurar el espacio público" durante una transición. Causaba particular preocupación el hecho de que las identidades políticas hubieran sido tan ampliamente reprimidas bajo el poder autoritario, de modo que después de la caída de este los modos de participación política tenían que ser, o bien creados por primera vez, o creados nuevamente[73]. Como corolario, se enfocaron en la "ciudadanía" como criterio clave para la democracia; el establecimiento o restablecimiento de la igualdad ante la ley y la posesión de derechos contra un Estado represivo eran cruciales. Finalmente, en sus "conclusiones tentativas", O'Donnell y Schmitter pusieron la más grande atención en prevenir golpes de Estado y en atemperar los temores de golpe incluso en esos casos donde es improbable que ocurran.

72 O'Donnell y Schmitter, *supra* nota 69, en 37-39.

73 Al respecto, O'Donnell y Schmitter dieron mucho peso a algunos elementos clave: los gestos simbólicos de protesta, a menudo por parte de individuos inspiradores; la actividad de las organizaciones de derechos humanos, los cuales típicamente disfrutan de mucho prestigio y autoridad moral en el inicio de una transformación política; y la reactivación de la clase trabajadora y de las identidades de sindicatos, hasta entonces suprimidos por el régimen. *Id.* en 48-49.

O’Donnell y Schmitter también trataron el problema de “ajustar cuentas con el pasado”, como ellos lo llamaban, “sin alterar una transición presente”. Enfocándose solamente en los procesamientos judiciales y las purgas en las fuerzas de seguridad del Estado, afirmaron que “(l)os actores transicionales deben satisfacer no solo los intereses vitales sino también los ideales vitales —estándares de lo que es decente y justo”, y que “nosotros creemos que la peor de las soluciones malas sería tratar de ignorar el tema [de violaciones pasadas]”. Confrontar los abusos del pasado, especialmente las graves violaciones de derechos humanos, en su opinión, era importante para transformar la “autoimagen mesiánica” de los militares como la institución que representa los intereses de la nación, y también para combatir la impunidad y reforzar los valores éticos necesarios para la salud social[74].

De esta manera, a partir de la síntesis de una variedad de casos del país, los principales instrumentos utilizables que recomendaron estaban centrados en la transformación de un aparato represivo de seguridad de Estado y la instauración de procedimientos y prácticas de ciudadanía democrática. Los principales actores que participan en esta transformación son, como se dijo antes, élites que realizan una serie de negociaciones entre ellas como un medio de administrar el riesgo para sus intereses. El principal foco de estos actores es la reforma legal-institucional, y no la transformación a nivel socioeconómico. El resultado, si todo va bien, sería un conjunto de elecciones y la instalación de la política partidaria[75].

Este breve resumen del proyecto de Transiciones en el Woodrow Wilson Center y la interpretación de O’Donnell y Schmitter de las transiciones a la democracia no intentan desplazar las interpretaciones de aquellos que realmente estuvieron viviendo esos eventos (aunque algunos de ellos, tales como Cardoso, Bitar y Arriagada, fueron activos participantes, y otros como O’Donnell, Garretón y muchos otros, no fueron para nada observadores desinteresados). Más bien, se trataba de proporcionar un panorama más claro de lo que una transición debía

74 *Id.* en 28, 30, 31.

75 Dado mi argumento antes mencionado concerniente a la relevancia de lo que está siendo “transicionado”, es interesante notar que O’Donnell y Schmitter no han descartado la posibilidad (o el deseo) de una eventual transición al socialismo (o, como ellos lo llaman “socialización”). Para ellos, sin embargo, una transición así sería mejor que ocurriera solo después de haberse consolidado una transición a la democracia. Véase *id.* en 11-12.

implicar, incluso cuando no se pudiera garantizar que ella tuviera lugar. Thomas Carothers ha sostenido que, en el contexto estadounidense por lo menos, los legisladores interesados en promover la democracia llegaron casi a las mismas conclusiones de O'Donnell y Schmitter, aun cuando la influencia directa de su trabajo se limitó a nada más que un préstamo de conceptos y términos básicos[76]. En cualquier caso, la cuestión de la influencia directa no es tema de discusión. La idea de "transición" fue, en efecto, influyente, y ciertamente logró encontrar su camino hacia los círculos de hacedores de políticas y las esferas públicas locales alrededor del mundo. Tanto Méndez como Zalaquett recuerdan el concepto de transición como un término prestado de la investigación de las ciencias sociales durante los años ochenta (ambos citan específicamente el trabajo de O'Donnell y Schmitter), no obstante lo difícil que es rastrear una influencia directa[77]. Alex Boraine escribe en sus memorias que Aryeh Neier —quien había estado presente en la conferencia del Instituto Aspen— "me urgió no solo a que considerara los ejemplos en Europa del Este y Europa Central, sino también a que le echara un vistazo a la literatura de transiciones recientes en Latinoamérica y, en particular, en Argentina y Chile"[78]. Por supuesto, el trabajo de O'Donnell y Schmitter está citado en muchos artículos y libros fundamentales en el campo y está canonizado en los volúmenes de Kritz.

La intención de discutir el aporte de O'Donnell y Schmitter es poder entender mejor el contexto en el cual los actores políticos operaban, así como los desafíos políticos específicos que afrontaron. En vista de las restricciones y los objetivos normativos de estas clases de transiciones en los ochenta, una agenda normativa sobre temas relacionados con la transformación de un aparato abusivo de seguridad del Estado y la reinstauración de la ciudadanía democrática ayudó a dar forma al campo emergente de justicia transicional. Fue esta agenda la que coloreó intensamente las percepciones de lo que la justicia implicaba, o de lo que podía llegar a ser, durante un tiempo de transición.

---

76 Véase Thomas Carothers, acerca de la relación entre las políticas y el debate académico sobre "transiciones" en Thomas Carothers, *Aiding Democracy Abroad: The Learning Curve* 93 (1999). En vista de los lazos entre academia y política, mucho más fuertes en países latinoamericanos que los que existían en los Estados Unidos, tal vez había más posibilidad para una mutua fecundación.

77 Entrevista a Méndez, *supra* nota 38; entrevista telefónica a José Zalaquett, profesor, Universidad de Chile, Santiago (9 de octubre de 2007).

78 Alex Boraine, *A Country Unmasked* 16 (2000).

3. Un marco intelectual para la justicia transicional

3.1. La conferencia del Instituto Aspen de 1988

La conferencia del Instituto Aspen de 1988 sobre crímenes de Estado fue creación de Alice Henkin, directora del Programa de Justicia y Sociedad en el Instituto Aspen. Luego de oír a Julio Raffo, miembro de la importante organización argentina de derechos humanos Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), hablar en una charla de Americas Watch sobre la Ley de Punto Final, Henkin llamó por teléfono a Stephen Marks de la Fundación Ford. Resultó que Marks acababa de oír a Raffo hablar sobre el mismo tema en las oficinas de la Fundación Ford, y su interés fue tan vivo que recomendó que su programa hiciera una inversión de $ 47,380 con el fin de investigar "el problema general de cómo países en transición a la democracia manejan los abusos del pasado"[79]. Henkin inmediatamente hizo un sondeo entre las personas que conocía, tales como Aryeh Neier y Juan Méndez, de Human Rights Watch, una organización en la cual ella era miembro del directorio[80].

La referencia a Raffo, CELS, y la Ley de Punto Final en esta negociación no fue un hecho fortuito ya que, como es lógico, los verdaderos orígenes de la conferencia fueron los dramáticos eventos que se habían dado lugar en Latinoamérica y alrededor del mundo en los ochenta, así como la respuesta a ellos de parte de los que estaban interesados en promover los derechos humanos. Lo que la conferencia hizo —y esta es la razón por la cual es de interés histórico— fue tratar de desarrollar un marco intelectual que pudiera captar los asuntos comunes encarados en Argentina, Uruguay, Brasil, Filipinas, y otros lugares más. En resumen, la conferencia buscaba aclarar los retos políticos, morales y legales que afrontaron quienes buscaban justicia frente a crímenes de Estado en las transiciones democráticas de los ochenta.

Las personas que Henkin reunió tenían variadas experiencias y competencias. Estuvo ahí Lawrence Weschler, quien escribió sobre la conferencia en un artículo publicado en *The New Yorker* en 1989 acerca de represión e impunidad en Uruguay, así como en la postdata de su libro *A Miracle, A Universe* de 1990. Los filósofos Ronald Dworkin

79 Véase Ford Foundation Archives, *Grant* n.° 885-0149, § 4, la carta de Alice H. Henkin a Stephen Marks (26 de marzo de 1987); memorándum interno entre Stephen P. Marks y Shepard Forman (17 de marzo de 1987).

80 Entrevista a Henkin, *supra* nota13.

y Thomas Nagel también estuvieron presentes. Ambos habían formado parte de un grupo de cinco filósofos que Carlos Nino invitó a Argentina en abril de 1986 (con fondos de la Fundación Ford) para discutir con él y con Jaime Malamud-Goti la política de derechos humanos[81]. Y fue Nagel quien, en la conferencia, apareció con la distinción, hoy bien conocida, entre conocimiento y reconocimiento, término, este último, referido a la importancia de la admisión pública y oficial de la verdad sobre crímenes del pasado[82]. También hubo politólogos como Mahmood Mamdani (africanista), Margaret Crahan (latinoamericanista) y Samuel Fitch (especialista en relaciones civiles y militares). Asimismo, hubo líderes religiosos, como el padre Luis Pérez Aguirre, sobre quien Weschler escribió en su famoso libro *A Miracle, A Universe*. También estuvieron presentes otras personalidades como Diane Orentlicher, Paulo Sergio Pinheiro, Theodore Meron y Hugo Fruhling.

No obstante, la conferencia tuvo sus bases en tres ponencias presentadas por Herz, Zalaquett y Malamud-Goti. John Herz era un eminente politólogo que había editado *From Dictatorship to Democracy* en 1982, el primer análisis sintético sobre cómo lidiar con el legado que dejan regímenes anteriores (y cuyo título, tal vez intencionalmente, fue también usado en el artículo de 1985 de Zalaquett, publicado en *The New Republic*). Herz, un judío alemán emigrado de la Alemania nazi que llegó a los Estados Unidos en 1938, había sido uno de los más fuertes determinantes para el surgimiento de un enfoque realista en las relaciones internacionales durante los años cincuenta y sesenta, y también trabajó en política comparada[83]. Sin embargo, como bien cuenta en su artículo, tenía la ventaja adicional de haber estado involucrado en la política estadounidense de *desnazificación* después de la Segunda Guerra Mundial. Por ello, Herz fue invitado a dar una visión general de los temas desde una "perspectiva histórica", a pesar de que no era historiador.

De acuerdo con Méndez, fueron él y Neier quienes sugirieron a Henkin que invitara a Zalaquett a escribir la ponencia magistral de la conferencia: un artículo que trazara una teoría de la justicia durante

81 El grupo también incluyó a Owen Fiss, Tim Scanlon y Bernard Williams. Entrevista a Malamud-Goti, *supra* nota 5.

82 Weschler, *supra* nota 1, en 4.

83 M. Benjamin Mollov, *Power and Transcendence: Hans J. Morgenthau and the Jewish Experience* 4, 125 (2002).

períodos transicionales[84]. Zalaquett, chileno, había integrado el Gobierno de Allende derrocado en Chile en 1973, y fue arrestado varias veces por su trabajo de defensa de los derechos humanos durante su cargo como director legal del grupo ecuménico Comité Pro Paz, precursor de la importante Vicaría de la Solidaridad. Exiliado en 1976, empezó a trabajar para Amnistía Internacional y ocupó importantes cargos en la organización hasta que le permitieron volver a Chile en 1986. Gracias a su trabajo con Amnistía, Zalaquett contaba con una privilegiada visión de los eventos: en 1984, se reunió con Alfonsín y la comisión de investigación que estaba indagando sobre las desapariciones en Argentina. También se reunió con el presidente Julio Sanguinetti justo después de que este asumiera el poder en Uruguay en 1985. Más adelante, en 1987, la Fundación Ford le pidió que visitara Uganda, donde Museveni estaba estableciendo una comisión de la verdad para examinar los abusos cometidos bajo el Gobierno de Idi Amin. Zalaquett también había empezado ya a reflexionar sobre sus experiencias: en 1985 publicó un artículo de portada en *The New Republic* titulado “From Dictatorship to Democracy” —“De la dictadura a la democracia”— (con el adecuado subtítulo de “Kicking out the generals is only the first chapter” —“Echar a los generales es solo el primer capítulo”), en el cual pone énfasis en que el elemento clave de la transformación política de las dictaduras militares en el Cono Sur fue reclamar que las fuerzas armadas rindieran cuentas por los abusos[85].

Henkin también sondeó a su esposo, el influyente académico de derecho de la Universidad de Columbia, Louis Henkin, el cual la puso en contacto con Malamud-Goti quien, en calidad de profesor visitante, dictó el año anterior en Columbia una conferencia acerca de políticas de drogas[86]. Malamud-Goti, como se mencionó antes, fue uno de los arquitectos de la política de procesamientos de Alfonsín, junto con Carlos Nino. Anticipándose al final de la dictadura, él y Nino, quienes habían sido becados en Alemania, empezaron a pensar sobre el tema de la responsabilidad. Decidieron “salir de compras” buscando un político, y como Nino ya era del partido político de Alfonsín, se reunieron con él.

84 Entrevista a Méndez, *supra* nota 38; entrevista a Zalaquett, *supra* nota 77.

85 José Zalaquett, “From Dictatorship to Democracy”, *New Republic*, 16 de diciembre de 1985, en 17-21.

86 Entrevista a Henkin, *supra* nota 13; entrevista telefónica a Malamud-Goti, *supra* nota 5. Malamud-Goti fue reclutado, en realidad, por Paul Martin, quien trabajó con Louis Henkin en el Center for the Study of Human Rights en Columbia.

Después, Alfonsín los invitaría a que fueran sus asesores cuando ganó las elecciones presidenciales en 1983. Malamud-Goti recuerda la política de procesamientos como un proceso complicado marcado por el fuerte apoyo popular así como por los contratiempos y coacciones —un proceso definido, en particular, por la capacidad de los miembros militares y de los jueces para cerrar filas y obstruirlo—. De hecho, el artículo que escribió para la conferencia del Instituto Aspen fue una adaptación de una argumentación que realizó para defender la Ley de Punto Final —la ley de 1986 que ayudó a redactar y que puso fin a los juicios a las fuerzas armadas—[87]. A pesar de que ya había pasado años trabajando en temas de derechos humanos en el Gobierno de Alfonsín, esta fue la primera vez en que expresó una justificación razonada de su opinión en cuanto a los procesamientos —en particular, en cuanto a ponerles límites en el contexto de transiciones democráticas—. Este razonamiento respondía directamente a los nuevos dilemas. En la conferencia, las ideas de Malamud-Goti estaban entre aquellas que expresaron compromisos cruciales que aún hoy en día están en debate dentro del campo.

3.2. Lo que estaba en juego en el debate

Los participantes en la conferencia parecían darse cuenta de que estaban discutiendo sobre algo nuevo. Según Henkin, los que asistieron "coincidieron unánimemente en que la conferencia era importante, pero que era solo un inicio importante". La meta de la conferencia era "discutir temas morales, políticos y jurisprudenciales que surgen cuando un gobierno que ha participado en graves violaciones de derechos humanos es sucedido por un régimen que se inclina más a respetar dichos derechos"[88]. En estas discusiones, los temas centrales fueron: si había una obligación bajo el derecho internacional de castigar a violadores de derechos humanos; si había una mínima obligación de los Estados de establecer la verdad sobre violaciones pasadas; si "la discreción y la prudencia" deberían jugar un papel en la toma de decisiones sobre medidas de justicia; y cómo lidiar específicamente con los abusos de derechos humanos perpetrados por autoridades militares.

Hubo desacuerdos —a menudo ásperos— sobre las respuestas a estas preguntas. La primera pregunta concerniente a la obligación

87 Malamud-Goti respondía a un artículo escrito por Julio Maier. Entrevista a Malamud-Goti, *supra* nota 5.

88 Alice H. Henkin, "Conference Report", en *State Crimes, supra* nota 3, en 1, 9.

bajo el derecho internacional de castigar a violadores de derechos humanos fue, sin embargo, bastante fácil de resolver. Según Henkin, "Se acordó que no había ninguna obligación general del derecho internacional consuetudinario de castigar a tales violadores. No obstante, varios tratados internacionales pueden requerir el castigo expresa o implícitamente"[89]. Es decir, la base en aquella época era aún bastante débil. Luego de un panel de discusión entre Louis Henkin y Ted Meron sobre la relevancia del derecho internacional, Méndez recuerda a Lawrence Weschler diciendo alegremente que este par "le recordaba a dos hombres de las cavernas frotando dos maderas juntas, encendiendo una pequeña llama que luego al rato se extingue"[90]. Aunque la Corte Interamericana de Derechos Humanos recién había dado su fallo en el importante caso de Velásquez-Rodríguez en 1988, fue difícil hacer que las apelaciones al derecho internacional en el debate de estos temas particulares resultaran prominentes[91]. Además, una mirada rápida al reporte de Americas Watch (redactado por Méndez), *Truth and Partial Justice in Argentina*, confirma que el derecho internacional no parecía estar en los cálculos de los actores que buscaban iniciativas de justicia en el Gobierno de Alfonsín[92]. No hay una mención al derecho internacional en las descripciones detalladas de las normas de los derechos humanos en Argentina, lo cual indica que los actores mismos en ese país no veían una conexión o, al menos, no dependían de ella. Sin embargo, donde sí entraba el derecho internacional era en la articulación de las propias posiciones en el Americas Watch con respecto a la justicia en el caso argentino. Por ejemplo, el Americas Watch hizo llamados específicos a las obligaciones de Argentina como firmante de la Convención Contra la Tortura de la ONU[93].

89 *Id.* en 4.

90 Entrevista a Méndez, *supra* nota 38.

91 Ángel Velásquez-Rodríguez fue un estudiante detenido por la policía hondureña al que luego no se le vio más. La corte dictaminó que el Gobierno tenía la responsabilidad, bajo la Convención Americana de Derechos Humanos, de actuar con la debida diligencia en la prevención, la investigación y el castigo de las desapariciones. Como no lo hizo, entonces se le obligó a pagar a la familia del estudiante una compensación. Esta sentencia sería una de las bases para el futuro derecho a la justicia consagrado en los "Principios de Joinet". Véase Mark Freeman, *Truth Commissions and Procedural Fairness* 9 (2006).

92 Méndez, *supra* nota 41, en 59

93 *Id.*

Para tener un progreso real en esta área se tendría que esperar hasta inicios y mediados de los noventa, con el refuerzo del artículo pionero de Diane Orentlicher de 1991 y luego consolidado por la elaboración de los principios de la ONU[94]. Orentlicher ha relatado recientemente que la génesis de este artículo provino directamente de su participación en la conferencia del Instituto Aspen: "Mientras algunos de mis coetáneos habían desarrollado bastante bien sus perspectivas sobre lo que requería el derecho internacional, la mayoría creía que se necesitaba más estudio y análisis. Durante el seminario de Aspen, muchos participantes me exigieron que tomara ese desafío"[95]. La publicación en 1997 de un informe encargado por la ONU sobre la lucha contra la impunidad conocido como los "Principios de Joinet", que defendía los derechos a saber, a la justicia y a las reparaciones, fue también un hecho indicador en este aspecto[96].

En cuanto a si los Estados tenían una mínima obligación de establecer la verdad sobre violaciones pasadas, hubo un consenso rotundo: sí había tal obligación. Los elementos en juego en el debate no eran los de la muy mentada controversia sobre "verdad" *versus* "justicia penal", donde la revelación de la verdad surge como alternativa a los procesos judiciales en los casos donde ha habido una amnistía y donde, por consiguiente, los juicios son imposibles. De hecho, según Henkin,

> Hubo un acuerdo común en que el gobierno sucesor tiene obligación de investigar y establecer los hechos de manera que la verdad se dé a conocer y sea parte de la historia de la nación. Aún en situaciones en las que el perdón o la clemencia pudieran ser apropiados, no debería haber ninguna transacción sobre la obligación de descubrir y reconocer la verdad[97].

94 Diane F. Orentlicher, "Settling Accounts: The Duty to Prosecute Human Rights Violations of a Previous Regime", 100 *Yale L. J.* 2537 (1991).

95 Diane F. Orentlicher, "Settling Accounts Revisited: Reconciling Global Norms with Local Agency", 1 *Int'l J. Transitional Just*. 10, 12 (2007).

96 Véase The Administration of Justice and the Human Rights of Detainees: Question of the Impunity of Perpetrators of Human Rights Violations (Civil and Political), Informe final revisado, preparado por el señor Joinet, U.N. ESCOR, Comm'n on Hum. Rts., Sub-Comm'n on Prev. of Discrim. & Protect. of Min., 49th Sess., Agenda Item 9, U.N. Doc. E/CN.4/ Sub.2/1997/20/Rev.1 (1997). Una breve reseña del desarrollo del derecho internacional se puede encontrar en Freeman, *supra* nota 91, en 6-9.

97 Henkin, "Conference Report", *supra* nota 88, en 4-5.

Lawrence Weschler afirmó de modo similar,

> Una y otra vez, se desarrollan los mismos tipos de problemas, y una y otra vez, según lo iban notando los participantes de la Conferencia del Instituto Aspen, los dos mismos imperativos salen al frente —las demandas entrelazadas de justicia [penal] y de verdad[98].

Sin embargo, hubo algunos desacuerdos con respecto al rol de la discreción y la prudencia en las decisiones para lograr medidas de justicia. Por un lado, Herz, Zalaquett y Malamud-Goti afirmaron la importancia del criterio político al desarrollar las normas de justicia. Como ya sabemos, Zalaquett fue cauto con respecto a las "ambigüedades de situaciones transicionales" y las dificultades que los defensores de los derechos humanos podrían tener en conducirlas. Malamud-Goti, quien había recorrido el terreno peligroso de la política en Argentina durante los procesos judiciales de la junta, también admitió que "la aplicabilidad de las disposiciones criminales son, en gran parte, un asunto de opinión política" para Gobiernos en transición[99]. En efecto, en su opinión, las decisiones sobre a quiénes procesar fueron políticas, lo que explica la referencia a "los dilemas de los Gobiernos democráticos transicionales" en el título de su ensayo[100].

Para Neier y Méndez resultaba irritante la idea de que las preocupaciones políticas deberían limitar a la justicia. Muchos de los participantes recuerdan un acalorado debate entre Neier y Zalaquett, el cual no fue presentado en el informe de la conferencia[101]. El desacuerdo se centró esencialmente en si había alguna obligación de castigar a los violadores de derechos humanos, y, si la hubiera, cuál debería ser el propósito del castigo. Neier defendió la postura de que tal obligación existe y que estaba mal permitir que la lucha política menoscabara su cumplimiento. Esta visión ya había sido enfáticamente articulada en el informe de Méndez *Truth and Partial Justice*. "Nosotros (…) —decía— reconocemos que los estadistas tienen que hacer discernimientos difíciles y que escapa a la capacidad de una organización externa con una agenda

98 Weschler, "Afterword", *supra* nota 3, en 92.

99 Malamud-Goti, "Trying Violators of Human Rights", *supra* nota 4, en 76.

100 *Id.* en 72.

101 La única versión existente de este debate está en Weschler, *A Miracle*, *supra* nota 1, en 243-45.

especial —la promoción de los derechos humanos— el evaluar todos los factores que intervienen en ese proceso". Continuaba diciendo que si bien tal era el caso, era importante señalar el modo "perturbador" en que los procesos judiciales se habían interrumpido: "vemos a un gobierno y un Congreso legislando bajo coacción; bajo la ominosa amenaza, por parte de una elite poderosamente armada, de eliminar el proceso democrático del país"[102]. Por supuesto, esta cadena de hechos probablemente estaba perturbando a mucha gente; la cuestión era cómo remediarlo. Neier pensaba que los violadores de derechos humanos deberían ser castigados porque merecían serlo, no por otra razón. Esto, según Méndez, era la "teoría del castigo basada en el solo merecimiento" de Neier, la cual abonaba en favor de la visión según la cual los principios de los derechos humanos acordados internacionalmente deberían mantenerse como valores absolutos e incorruptibles por la política[103].

La respuesta a la pregunta final —cómo manejar específicamente los abusos contra los derechos humanos perpetrados por autoridades militares— es crucial. En esta conferencia, así como en los sucesivos artículos y conferencias que llevaron a la publicación del compendio de "textos básicos" por Kritz, estaba en marcha una vaga pero discernible coherencia. Lidiar con los abusos contra los derechos humanos por parte de Estados represivos durante una supuesta transición a la democracia implicaba medidas específicas que desde entonces han sido transmitidas como *las* medidas legítimas de la justicia transicional, a pesar de su ulterior aplicación a muy diversas clases de dilemas políticos y prácticos.

3.3. Una estructura implicada para la justicia transicional: dos objetivos normativos

No fue casual que la estructura de las conversaciones en esta conferencia —y la de conversaciones parecidas en la conferencia de la Charter 77 Foundation, de 1992, y en la conferencia auspiciada por IDASA en 1994 sobre la confrontación del pasado en Sudáfrica, así como en el trabajo de Kritz— reflejara de forma consistente un interés sobre un conjunto particular de medidas como objetos de debate: procesos judiciales, búsqueda de la verdad, transformación de un aparato abusivo

102 Méndez, *supra* nota 41, en 60.

103 Entrevista a Méndez, *supra* nota 38; entrevista a Henkin, *supra* nota 13; entrevista telefónica a Zalaquett, *supra* nota 77; entrevista telefónica a Margo Picken, *fellow* de la London School of Economics and Political Science (11 de octubre de 2007).

de seguridad de Estado, y la rehabilitación o compensación por daños. Tampoco es casual que esta estructura implicara que los regímenes transicionales debieran, al menos, considerar un enfoque integrado que incluyera elementos de todas estas medidas.

Estas medidas encajan bien con los dos objetivos normativos expresados por muchos de los participantes: primero, la meta de proporcionar alguna medida de justicia a aquellos que sufrieron bajo los regímenes de un Estado represivo y, segundo, la meta de facilitar la salida del autoritarismo y apuntalar una democracia frágil. El argumento aquí *no* consiste en que estas discusiones fueran similares porque la conferencia del Instituto Aspen influyera en la forma de debates posteriores, aunque tal vez sí haya influido en la medida en que la misma gente que participó ahí estuvo involucrada en los otros diálogos. En todo caso, estas discusiones fueron similares porque los problemas prácticos por los que pasaron varios países se entendían de modos similares, y porque la variedad de respuestas a estos problemas se definió de manera parecida. Esta estructura conceptual puede haber definido el origen del campo, independientemente de si cada participante era o no consciente de ello.

Una breve mirada a cada una de estas medidas brinda una imagen de esta estructura y de cómo estaba justificada, lo que a su vez ayudará a extraer las conexiones entre cada uno de estos objetivos normativos. Se concebía que los procesos judiciales, los cuales pueden considerarse la cuestión ética más contenciosa para un régimen postautoritario dada la potencial resistencia política potencial a ellos, servían para cumplir "un deber impago con las víctimas", lo que "daría importancia a su dolor y serviría como remedio parcial para sus heridas", de acuerdo con el resumen de Henkin[104]. Además, los procesos judiciales, en palabras de Malamud-Goti, "proporcionarían un medio único por el cual reivindicar valores democráticos" por medio de sus cinco consecuencias: establecer hechos tangibles sobre crímenes pasados, proveer la desaprobación de las políticas oficiales, promover la confianza en los nuevos ordenamientos políticos, restaurar a los ciudadanos su estatus integral de miembros de la sociedad, y mejorar las oportunidades para una transformación de relaciones militares/civiles[105].

104 Henkin, "Conference Report", *supra* nota 88, en 3.

105 Malamud-Goti, "Trying Violators of Human Rights", *supra* nota 4, en 81-82. Aunque Herz también menciona que si bien el brindar un "retrato claro y sin retoques del

Los esfuerzos de revelación de la verdad, aclamados como requisito mínimo de justicia por todos los participantes en la conferencia, "responden a la demanda de justicia para las víctimas", de acuerdo con el resumen de Henkin[106]. Si no se revela la verdad sobre lo ocurrido a sus seres queridos, "el dolor real y, por cierto, la violación de derechos de los familiares de las víctimas" se perpetuarían, de acuerdo con la postura de Zalaquett[107]. Sin embargo, no sería suficiente que solo los familiares de las víctimas supieran la verdad sobre lo sucedido con sus seres queridos; todos los ciudadanos deben conocer lo sucedido, y ese conocimiento debe ser oficialmente reconocido. Zalaquett recalcó que una búsqueda oficial de la verdad es importante para prevenir que "grupos militares y otros, o instituciones responsables de abusos pasados, se escapen del juicio de la historia e insistan en versiones exculpatorias de lo que pasó; los nuevos reclutas absorberían una tradición institucional que no ha expurgado sus aspectos más objetables. Todo esto puede debilitar los esfuerzos para prevenir la recurrencia de abusos de los derechos humanos y para fortalecer el estado de derecho"[108]. De modo similar, Herz defendió la "necesidad de que las democracias presenten al pueblo (…) un retrato claro y sin retoques del verdadero carácter del régimen", precisamente para actuar como contrapeso al carácter propagandístico de la información oficial dada por un régimen autoritario que cultiva el secreto[109]. De acuerdo con Henkin, con la búsqueda de la verdad "se facilita la reconciliación nacional"[110].

La transformación del aparato de seguridad del Estado fue discutida por Zalaquett y otros como una parte necesaria para brindar a las víctimas garantías de que las violaciones no se repetirán[111]. Sin embargo, más allá de este objetivo, se señaló que tal transformación debía de "crear un clima democrático en la democracia sucesora" a través de actividades como procesos judiciales, purgas y capacitación en temas de derechos

verdadero carácter del régimen" fue una de las metas de los juicios organizados por los aliados en la postguerra, en realidad "estos tuvieron poco efecto". John H. Herz, "An Historical Perspective", en *State Crimes*, *supra* nota 3, en 19-20.

106 Henkin, "Conference Report", *supra* nota 88, en 5.

107 Zalaquett, "Confronting Human Rights Violations", *supra* nota 6, en 31.

108 *Id.*

109 Herz, "An Historical Perspective", *supra* nota 105, en 19.

110 Henkin, "Conference Report", *supra* nota 88, en 5.

111 Zalaquett, "Confronting Human Rights Violations", *supra* nota 6, en 38.

humanos. También era importante la reafirmación de la autoridad civil por encima de la militar por medio de la negación de ideologías militares de “seguridad nacional” que fueron usadas para apoyar prácticas como la desaparición de personas, y la negación de lo sostenido por las fuerzas de seguridad en el sentido de que los abusos a los derechos humanos eran simples “excesos” en lugar de proyectos sistemáticos y autorizados[112].

Finalmente, la rehabilitación y la compensación por daños, si bien fue el tema menos discutido y menos desarrollado de la conferencia, fue reconocido como un elemento esencial para lidiar con el legado de un régimen autoritario. Para Zalaquett, si bien la reparación por daños causados a las víctimas “no puede lograrse completamente”, es deseable que “se haga todo esfuerzo posible (...) para compensar a las víctimas de violaciones de derechos humanos y sus familias”[113]. No obstante, más allá de la exigencia moral de reparar los daños de las víctimas, se consideró que tales programas tenían, también, beneficios públicos más amplios. De acuerdo con Herz, “la rehabilitación e indemnización de aquellos que han sufrido bajo el régimen anterior son elementos importantes por una cuestión de equidad así como por razones simbólicas y morales en general”[114]. También señaló la forma moralmente problemática en la que las reparaciones se habían llevado a cabo en la Alemania de postguerra, donde principalmente los judíos de origen alemán habían sido compensados, mientras que otros no, y donde las esposas de los resistentes que habían sido muertos no recibieron beneficios, mientras que las viudas de altos oficiales nazis vivían cómodamente con pensiones otorgadas por el Gobierno[115]. Zalaquett afirmó después que la búsqueda de la verdad y las disculpas operan como un modo de reparación “para las víctimas, para la sociedad y, en particular, para los soldados o policías que no participaron en actividades represivas o que fueron obligados a implementar políticas ilegales”[116]. En resumen, parece incontrovertible decir que las concepciones de justicia que aglutinaron a estas diferentes respuestas a las violaciones de derechos humanos descansaban sobre dos objetivos normativos: lograr justicia para las víctimas y lograr un orden

112 Henkin, “Conference Report”, *supra* nota 88, en 16, 6-7; Zalaquett, “Confronting Human Rights Violations”, *supra* nota 6, en 60-61.

113 *Id.* en 36.

114 Herz, “An Historical Perspective”, *supra* nota 105, en 20.

115 *Id.*

116 Zalaquett, “Confronting Human Rights Violations”, *supra* nota 6, en 36-37.

más justo y democrático. Este último objetivo significó una enorme carga para tales medidas. Las pretensiones más abarcadoras sobre la capacidad de las medidas de justicia para facilitar una transición política —y, en particular, para ayudar en la instauración de prácticas de ciudadanía democrática y reforma de un aparato represivo de seguridad de Estado— indicaban un optimismo y un entusiasmo generales. Quedaría por ver si tales pretensiones son corroboradas empíricamente o si, después de una investigación sistemática, son posiblemente rebajadas.

4. El problema de la justicia transicional

Este recuento de las bases conceptuales del campo de la justicia transicional empezó con una investigación de los orígenes del término "justicia transicional" y ha terminado por sugerir algo de su contenido conceptual al momento de su aparición. Ha planteado que las "transiciones" han sido importantes para los derechos humanos por dos razones: primero, la actividad de derechos humanos tuvo que adaptarse a nuevos desafíos prácticos; y segundo, dicho cambio político, entendido como una "transición a la democracia", tuvo importantes efectos para los tipos de pedidos de justicia considerados legítimos. En efecto, la aceptación extendida del "paradigma de transiciones" reinante y su concentración en las reformas y las respuestas legales-institucionales fue un factor crucial en la legitimación del campo de la justicia transicional. Las transiciones a la democracia, por las muchas razones discutidas anteriormente, se habían convertido en el lente normativo dominante a través del cual observar el cambio político. La justicia transicional encaja en ese lente.

4.1. La diferenciación del campo

Pero ¿es realmente nuevo el campo de la justicia transicional, o es simplemente parte del movimiento de derechos humanos? Este examen de los orígenes de la justicia transicional sugiere enfáticamente que es un campo definido. El contundente desacuerdo de Aryeh Neier con José Zalaquett en la conferencia del Instituto Aspen sobre la justificación para el castigo proporciona una importante ilustración de esta diferencia. Para Neier, "el castigo es el deber absoluto de la sociedad que busca honrar y redimir el dolor de las víctimas individualmente", y los otros objetivos, tales como facilitar una transición, fueron o bien irrelevantes o bien dudosos. "Quiero combatir la premisa de que una razón de principio

para buscar justicia, o el criterio para evaluar su eficacia, debería ser la estabilidad futura de una democracia reconstituida", afirmó[117]. Pero esta posición, si bien es importante, no era la posición general representada en la conferencia, ni tampoco la que continuó animando el nuevo campo. En cierto modo, Neier identificó sin querer el factor preciso que hace de la justicia transicional un campo definido: el segundo objetivo normativo es facilitar una transición a la democracia.

A diferencia del amplio movimiento de derechos humanos, la justicia transicional se apoya en dos tipos de creencias: creencias de principios, que son "ideas normativas que especifican criterios para distinguir lo correcto de lo errado y lo justo de lo injusto"; y creencias causales, que son "aquellas creencias acerca de las relaciones de causa y efecto cuya autoridad se deriva del consenso compartido de elites reconocidas, ya sean ancianos de pueblo o científicos de instituciones de elite"[118]. El movimiento de derechos humanos ha construido su actividad práctica alrededor de la promoción y la defensa de normas, particularmente a nivel internacional. El campo de la justicia transicional ha asumido también esta tarea de ser "emprendedores" de normas, pero le ha agregado la carga de tratar de sistematizar el conocimiento sobre las relaciones de causa y efecto entre las medidas de justicia y las transiciones. Esa no es una tarea fácil.

Este articulo solo cuenta una parte de la historia. Ha definido el nuevo campo de estudio de justicia transicional como una red internacional de individuos e instituciones cuya coherencia interna se mantiene unida por conceptos comunes, objetivos prácticos y reclamos particulares de legitimidad. Hasta el momento no existe una teoría única de la justicia transicional, y el término carece de un significado fijo. Falta que se explique cómo la estructura conceptual individual que se ha explorado aquí interactuó con los otros elementos del campo emergente. Más aún, el foco de atención en estas primeras discusiones omite necesariamente un desarrollo importante y vigente en el surgimiento del campo de estudio: la rápida expansión del derecho internacional sobre temas de justicia transicional a lo largo de la década de los noventa.

117 Weschler, *A Miracle*, *supra* nota 1, en 244.

118 Judith Goldstein y Robert Keohane, "Ideas and Foreign Policy: An Analytical Framework", en *Ideas and Foreign Policy: Beliefs, Institutions, and Political Change* 9-10 (Judith Goldstein y Robert O. Keohane, Eds., 1993). Véanse también las discusiones de Keck y Sikkink de cómo las "creencias de principios" son lo mejor en el fondo del trabajo de los derechos humanos. Keck y Sikkink, *supra* nota 52, en 1.

4.2. Desafíos a los primeros límites conceptuales de la justicia transicional

Para concluir, esta sección aborda algunos desafíos a la estructura inicial, que desde entonces han tenido un papel importante en las interpretaciones —y los debates— sobre los límites conceptuales de la justicia transicional.

El primero de estos retos aparece en relación con la pregunta de si y cómo es que el punto final escogido de una transición (por ejemplo, democracia, socialismo, despotismo ilustrado, etc.) puede ser relevante para las clases de reclamos de justicia que se proponen. Para la primera conceptualización de la justicia transicional había un marco explícito de democratización. ¿Qué ocurre cuando se usa un marco diferente? En el caso de Sudáfrica, por ejemplo, ha habido una reactivación de los reclamos de justicia distributiva vinculados a transiciones al socialismo en lugar de transiciones a la democracia. Algunos críticos de la justicia transicional han sostenido que la justicia por los crímenes del *apartheid* requiere de algo más que reformas legales-institucionales necesarias para una instauración de la ciudadanía democrática y la transformación de un aparato abusivo de seguridad de Estado; requiere de una redistribución de la riqueza que fue acumulada injustamente a través de un inhumano sistema político y económico. Este desafío fue, por cierto, ya reconocido en la conferencia del Instituto Aspen. John Herz concluyó sus observaciones haciendo notar que en algunos contextos las transiciones democráticas (y las reformas legales-institucionales que las acompañan) pueden no significar mucho: “En lugares como Brasil, Guatemala, El Salvador, y Haití o las Filipinas, donde la tenencia de tierras está concentrada en grandes latifundios, con una clase campesina dependiente y empobrecida, el derrocamiento de los Marcos o los Duvalier puede significar poco sin una reforma del sistema socio-económico”. Sin embargo, también señaló en su conclusión que este problema representa “otra historia” diferente de la que se estaba contando en la conferencia[119]. Pero ¿sobre qué base podría uno sostener que tales derechos no deberían considerarse derechos de justicia transicional? Y si se les considera justicia transicional, entonces ¿qué norma específica deberían tomar, y qué medidas (nacionalización, tributación especial, expropiación, acción afirmativa, etc.) son las más adecuadas para que se cumplan?

119 Herz, “An Historical Perspective”, *supra* nota 105, en 22.

De igual modo, se debería preguntar si una “transición a la paz” es realmente distinta en su naturaleza de una transición a la democracia, y de ser así, si es que hay un nuevo objetivo normativo que deba reemplazar o ser añadido a los primeros objetivos normativos que apuntalan el campo de la justicia transicional. Los dilemas prácticos que afrontan los actores en la construcción de la paz pueden ser diferentes de aquellos incluidos en la instauración de la ciudadanía democrática y la transformación de un aparato abusivo de seguridad de Estado. Los reclamos de justicia en tales contextos giran más probablemente alrededor de la reintegración de excombatientes, la limpieza étnica, los crímenes de guerra, el desplazamiento interno, la restitución de la propiedad, el compartimiento del poder, la distribución de la riqueza y las demandas de una autodeterminación. No se debería asumir que las medidas de procesamiento judicial, búsqueda de la verdad, reparaciones y reforma de un aparato de estado de abuso cubren netamente estos problemas prácticos tan diferentes —ni que lo hacen en alguna medida—. Neier, por ejemplo, cuestionó explícitamente, en una carta de 1995 a *The New York Review of Books*, el valor de una comisión de la verdad en un contexto de post conflicto[120]. Para él, las comisiones fueron una respuesta lógica a la necesidad de destapar secretos de Estado celosamente guardados. “¿Qué es lo que una comisión puede contarnos sobre el bombardeo indiscriminado de Sarajevo o el genocidio incitado por la radio en Ruanda que pudiera ayudar a confrontar tal pasado?” preguntó[121]. Por otra parte, es poco probable que los juicios y escrutinios sean medidas adecuadas en un contexto de post conflicto, donde el problema de la reintegración del excombatiente requiere de, al menos, la consideración de propuestas de justicia restaurativa a nivel local. Tal vez se necesiten identificar y refinar las nuevas normas y métodos de realizarlos. Aquellos que trabajan en el tema de justicia transicional ¿deberían desarrollar un nuevo conjunto de medidas que aborden las preocupaciones específicas sobre justicia en las transiciones a la paz? Y si así fuera, ¿deberían sumergirse directamente en literatura de las ciencias sociales sobre resolución de conflictos, construcción del Estado y construcción de la paz, para llevarlo a cabo?

120 Aryeh Neier, “Do Trials Work?”, *N. Y. Rev. Books*, 19 de octubre de 1995 (en respuesta a Timothy Garton Ash, “Central Europe: The Present Past”, *N. Y. Rev. Books*, 13 de julio de 1995.

121 *Id.*

El segundo desafío es una respuesta a las dificultades de trasponer el diagnóstico regional de los observadores latinoamericanos a otras partes del mundo con diferentes historias, culturas y posiciones dentro de la economía mundial. Una de las críticas más importantes de la literatura de las "transiciones a la democracia" fue hecha a mediados de los noventa por un grupo de especialistas regionales de Europa del Centro y Europa del Este, quienes abogaron por las características únicas de las transiciones políticas que se dieron lugar en los países post comunistas[122].

En estos países, la "transición" había implicado reformas sociales y económicas radicales que podrían caracterizarse como revolucionarias. Los países latinoamericanos en el Cono Sur habían tenido clases capitalistas sólidas e independientes del Estado bajo sus regímenes autoritarios "burocráticos", mientras que los países comunistas eran Estados de partido único donde el único responsable de la toma de decisiones económicas era el partido. Por otro lado, los países comunistas, en su fase de "transición", habían tenido típicamente más estructuras de clase igualitarias que sus contrapartes latinoamericanas, lo que significa que era poco probable que la clase fuera movilizada en forma de interés político durante la transición —en lugar de ello, lo más probable era que las identidades étnicas, nacionales o religiosas resultaran políticamente más relevantes—. De hecho, los críticos señalan que lo típico es que los países latinoamericanos tuvieran identidades nacionales establecidas, mientras que los países post comunistas, no. Finalmente, está el hecho de que en el Cono Sur (sobre este punto, se considera a los países centroamericanos la excepción) las demandas por transformaciones sociales, económicas, militares y administrativas fueron respondidas generalmente en forma secuencial —mientras que en los Estados post comunistas esto ocurrió todo a la vez, con poca oportunidad para priorizar entre ellas—.

Asimismo, la investigación comparada sobre experimentos democráticos en África a inicios y mediados de los noventa ha rendido versiones alternativas de las características más resaltantes de las transiciones políticas en el África sahariana. Estas versiones comienzan

122 Véase Philippe C. Schmitter con Terry Lynn Karl, "The Conceptual Travels of Transitologists and Consolidologists: How Far to the East Should They Attempt to Go?", 53 *Slavic Rev.* 173 (1994); Valerie Bunce, "Should the Transitologists Be Grounded?", 54 *Slavic Rev.* 111 (1995); Terry Lynn Karl y Philippe C. Schmitter, "From an Iron Curtain to a Paper Curtain: Grounding Transitologists or Students of Postcommunism?", 54 *Slavic Rev*. 965 (1995); Valerie Bunce, "Paper Curtains and Paper Tigers", 54 *Slavic Rev*. 979 (1995). Resulta de interés también Sarah Meiklejohn Terry, "Thinking About Post-communist Transitions: How Different Are They?", 52 *Slavic Rev*. 333 (1993).

con una teoría sobre el tipo de autocracia predominante en la región: el neopatrimonialismo, o política de "hombre fuerte" basada en grandes sistemas personalizados de patronazgo. En estos casos, la misma autoridad del Estado dependía de las relaciones clientelistas que empezaban a disolverse junto con los regímenes de austeridad impuestos en muchas naciones deudoras en los ochenta. Los investigadores señalaron que las transiciones de Estados de tipo neopatrimonial son proclives a iniciarse con protestas masivas debidas al retiro de subsidios del Estado a la vasta red clientelar, en lugar de hacerlo con pactos entre élites (con la excepción de las transiciones para salir de regímenes de oligarquías de colonos, tal como Sudáfrica)[123]. Dichas transiciones a veces condujeron a la fragilidad o al colapso del Estado, lo que significa que las mismas instituciones estatales de las que dependen las medidas de justicia transicional son débiles o están ausentes. Por otro lado, dadas las particularidades de estas clases de Estados, aparece, lógicamente, la corrupción como uno de los asuntos centrales de la justicia en tales transiciones.

Dadas todas estas diferencias, si se acepta que las preocupaciones particulares y la estructura conceptual de la justicia transicional tomaron forma en respuesta a los hechos de Latinoamérica, ¿hasta qué punto estas preocupaciones y estructuras conceptuales pueden ser traspuestas a otras regiones?

Otro desafío que surge aquí es el relativo a la aplicabilidad de la justicia transicional en contextos donde no hay una "transición" discernible. En muchas democracias liberales largamente establecidas, por ejemplo, subyacen importantes cuestiones relativas a una "justicia histórica", lo cual se discute típicamente en casos donde ha habido una marginación sistemática de largo plazo, con frecuencia a lo largo de siglos. Las víctimas del verdadero abuso pueden ya haber fallecido, pero el abuso perdura al estructurar negativamente las experiencias y las oportunidades en las vidas de los descendientes de las víctimas. Algunos ejemplos de esto son el legado de la esclavitud de los afroamericanos y del colonialismo foráneo para los indígenas. No obstante, y dado que el ímpetu inicial para el campo de la justicia transicional estaba históricamente ubicado en las transiciones latinoamericanas desde el autoritarismo, no es nada claro si las demandas para rectificar injusticias históricas en democracias maduras serían mejor satisfechas a través de medidas "estándares" de

123 Véase Michael Bratton y Nicolas van de Walle, *Democratic Experiments in Africa: Regime Transitions in Comparative Perspective* 118 (1997).

justicia transicional. En efecto, muchos de los que trabajan en el campo de la justicia histórica han rechazado tajantemente la relevancia de algo tan delimitado como la justicia transicional. Para estos críticos, la justicia transicional está íntimamente vinculada a medidas diseñadas específicamente para la breve duración de una transición política. Ellos enfatizan la importancia de esfuerzos de transformación de largo plazo que incluyan elementos de restructuración social tales como la acción afirmativa o la reforma agraria, a los que ven como fundamentalmente diferentes de los limitados objetivos de los juicios, las reparaciones y otras medidas parecidas.

Un desafío más, aun, es el hecho de que, desde mediados de los años noventa, muchos observadores han puesto en gran duda el paradigma mismo de las transiciones, principalmente sobre bases empíricas, es decir, mediante la observación de que una cantidad de países que se suponía que estaban haciendo una transición a la democracia, a la larga habían fracasado en su intento[124]. Para estos observadores, el paradigma había levantado falsas expectativas, tal vez mayormente entre los promotores de la democracia, sobre un camino secuencial fácilmente identificable hacia un nuevo régimen político. Un crítico del período post comunista ruso, el columnista de *The Nation* e historiador especialista en Rusia, Stephen Cohen, erosionó el estatus de “cuasi ortodoxia” que tenía el paradigma de las transiciones entre los promotores de la democracia occidentales, a los que atribuyó la autoría de un “experimento tipo bolchevique” que condujo, no a la democracia, sino más bien a un inmenso e involuntario esquema redistributivo que sesgaba la riqueza de forma fantástica hacia la cima de la pirámide social rusa[125]. En otra crítica mordaz, Thomas Carothers preconizó la eliminación del “lente de las transiciones”, ya que este enturbiaba más que aclaraba el análisis político. Para él, los interesados en la democratización

> deberían empezar por asumir que lo que a menudo se considera un inseguro y precario terreno intermedio entre una democracia completamente desarrollada y una

124 Véase Fareed Zakaria, “The Rise of Illiberal Democracy”, 76 *Foreign Aff*. 22 (nov.-dic. 1997); Robert D. Kaplan, “Was Democracy Just a Moment?”, *Atlantic Monthly*, dic. 1997, en 55; Thomas Carothers, “The End of the Transition Paradigm”, 13 *J. Democracy* 5 (2002).

125 Stephen F. Cohen, *Failed Crusade: America and the Tragedy of Post-Communist Russia* 24, 94 (2001).

> dictadura declarada es, en realidad, la condición política más común hoy en día de los países en vías de desarrollo y el mundo post-comunista. No es una categoría excepcional (…) es un estado de normalidad para muchas sociedades[126].

En vista de la duda sobre la utilidad misma del paradigma de transiciones, ¿deberían las medidas de justicia mantener sus pretensiones empíricas respecto de la facilitación de las transiciones? Si así fuera, entonces ¿sobre qué base empírica puede uno pretender que ciertas acciones tomadas durante una transición afecten su resultado? —y ¿esas pretensiones son útiles o, por lo menos, deseables?—.

Un último desafío a esta conceptualización inicial de la justicia transicional consistiría en seguir el hilo de la crítica al paradigma de las transiciones y en rechazar de plano todo el marco transicional, basándose tal vez en que este aparece demasiado teñido por un proyecto político (la democratización) y por el apoyo de ciertos actores institucionales (organizaciones estadounidenses promotoras de la democracia. Podría existir la tentación de sostener que el término "justicia transicional" debe ser abandonado y reemplazado por algo parecido a justicia para la "atrocidad masiva". Podría tener sentido el intento de desplazar el significado de esta manera, dada la inmensa expansión de principios internacionales y del derecho internacional sobre estos temas desde finales de los ochenta, y la aparición de un movimiento "anti-impunidad", el cual, si bien ha estado relacionado a la justicia transicional, tiene una historia y un fondo conceptual diferentes[127]. ¿Es que la justicia transicional debería plegarse dentro de un movimiento antiimpunidad centrado en el desarrollo de normas y derecho internacionales, lo cual permitiría que los contenidos de la palabra "transicional" simplemente se desvanezcan?

Este último desafío hace eco de los comentarios de Aryeh Neier en la conferencia del Instituto Aspen. Su escepticismo concerniente a la relación entre justicia y una "democracia reconstituida", así como su contundente afirmación de que "el castigo es el deber absoluto de la sociedad para honrar y redimir el dolor de las víctimas" puede haber

126 Carothers, "The End of the Transition Paradigm", *supra* nota 124, en 17-18.

127 Este movimiento ha sido analizado en términos de "cascada de justicia". Véase Ellen Lutz y Kathryn Sikkink, "The Justice Cascade: The Evolution and Impact of Foreign Human Rights Trials in Latin America", 2 *Chi. J. Int'l L*. 1 (2001). Véase también Sikkink y Walling, *supra* nota 11.

resultado bastante clarividente[128]. Este desafío final tiene una particular oportunidad de tener éxito, y en cierto sentido representaría un resultado histórico nada sorprendente, en vista de la expansión del Derecho y de los principios internacionales —llamados, con frecuencia, “justicia internacional”— que ha tenido lugar desde la conferencia del Instituto Aspen. Sin embargo, se puede sostener que lo que hizo que el campo de la justicia transicional se diferenciara del campo de los derechos humanos fue la incorporación de creencias causales sobre lo que facilita una transición a las creencias de principios sobre lo correcto y lo incorrecto que tienen los actores de derechos humanos como Neier. Resolver tal tensión colocando las decisiones sobre justicia directamente en la esfera del derecho internacional podría, efectivamente, anunciar la disolución de la justicia transicional en sí misma.

128 Weschler, *A Miracle*, *supra* nota 1, en 244.

Apéndice: Asistentes a varias conferencias, 1988-1994[129]

Se incluye en este cuadro a los participantes en las tres conferencias que trataron temas de justicia en períodos de transición. En la primera parte del cuadro, identifico a aquellos que asistieron a más de una de las conferencias. En la segunda parte, hago una lista de todos los otros participantes.

129 State Crimes, *supra* nota 3; Charter 77 Foundation, Project on Justice in Times of Transition, (Informe de la reunión inaugural del proyecto), Salzburgo, 7-10 marzo de 1992; Dealing with the Past, *supra* nota 7, en 159. Estas listas se basan en fuentes disponibles, pero puede ser que estén incompletas.

Crímenes de Estado: ¿Castigo o perdón?	Justicia en tiempos de transición	Lidiando con el pasado
Instituto Aspen Wye, Maryland Noviembre 4-6, 1988 Financiador: Ford Foundation	**Charter 77 Foundation** Salzburgo, Austria Marzo 7-10, 1992 Financiadores: German Marshall Fondo de los Estados Unidos, Fundación Charles Stewart Mott, la National Endowment for Democracy, Open Society, la Rockefeller Family & Associates, la Fundación Rockefeller y la Charter 77 Foundation-Nueva York	**Institute for a Democratic Alternative for South Africa** Somerset West, Western Cape Febrero 1994 Financiador: Open Society
Henkin, Alice H. The Aspen Institute, Nueva York, EE.UU.	Henkin, Alice H.	
Malamud-Goti, Jaime Universidad de Buenos Aires, Argentina	Malamud-Goti, Jaime	
Méndez, Juan E. Americas Watch, Washington, D. C., EE.UU.		Méndez, Juan E.
	Michnik, Adam Jefe de redacción de Wyborcza, miembro del Parlamento, Polonia	Michnik, Adam
Neier, Aryeh HRW, Nueva York, EE.UU.		Neier, Aryeh
Orentlicher, Diane Columbia University, Nueva York, EE.UU.	Orentlicher, Diane	
	Sajo, Andras Asesor legal del presidente Arpad, Gönz, Hungary	Sajo, Andras

Crímenes de Estado: ¿Castigo o perdón?	Justicia en tiempos de transición	Lidiando con el pasado
Instituto Aspen Wye, Maryland Noviembre 4-6, 1988 Financiador: Ford Foundation	**Charter 77 Foundation** Salzburgo, Austria Marzo 7-10, 1992 Financiadores: German Marshall Fondo de los Estados Unidos, Fundación Charles Stewart Mott, la National Endowment for Democracy, Open Society, la Rockefeller Family & Associates, la Fundación Rockefeller y la Charter 77 Foundation-Nueva York	**Institute for a Democratic Alternative for South Africa** Somerset West, Western Cape Febrero 1994 Financiador: Open Society
Weschler, Lawrence The New Yorker, Nueva York, EE.UU.	Weschler, Lawrence	Weschler, Lawrence
Zalaquett, José (Esq.) Santiago, Chile		Zalaquett, José
Bajeux, Jean-Claude Ecumenical Center of Human Rights, Port-au-Prince, Haití	Alfonsín, Raúl Presidente de Argentina, 1983-89	Adam, Heribert Sudáfrica
Crahan, Margaret Occidental College, Los Ángeles, EE.UU.	Bence, Gyorgy Filósofo, Hungría	Asmal, Kader Sudáfrica
Dworkin, Ronald New York University, Nueva York, EE.UU.	Biedenkopf, Kurt Ministro del presidente de Saxony, Alemania	Boraine, Alex IDASA, Sudáfrica
Fitch, Samuel University of Colorado, Boulder, EE.UU.	Bratinka, Pavel Miembro de la Asamblea Federal, Checoslovaquia	Burton, Mary Sudáfrica

Crímenes de Estado: ¿Castigo o perdón?	Justicia en tiempos de transición	Lidiando con el pasado
Instituto Aspen Wye, Maryland Noviembre 4-6, 1988 Financiador: Ford Foundation	**Charter 77 Foundation** Salzburgo, Austria Marzo 7-10, 1992 Financiadores: German Marshall Fondo de los Estados Unidos, Fundación Charles Stewart Mott, la National Endowment for Democracy, Open Society, la Rockefeller Family & Associates, la Fundación Rockefeller y la Charter 77 Foundation-Nueva York	**Institute for a Democratic Alternative for South Africa** Somerset West, Western Cape Febrero 1994 Financiador: Open Society
Fruhling, Hugo Academia de Humanismo Cristiano, Santiago, Chile	Degutis, Arunas MP, Lituania	Calata, Nomonde Sudáfrica
Henkin, Louis Columbia University, Nueva York, EE.UU.	Errera, Roger Conseiller d'état, Francia	Canas, Roberto El Salvador
Herz, John H. City University of New York, EE.UU.	Garretón, Roberto Viceministro de Relaciones Exteriores de Chile	Du Plessis, Lourens Sudáfrica
Mamdani, Mahmood Makerere University, Kampala, Uganda	Goldman, Robert American University Law School, Washington, D. C., EE.UU.	Du Toit, André Sudáfrica
Meron, Theodor NYU, Nueva York, EE.UU.	Grossman, Claudio American University Law School, Washington, D. C., EE.UU.	Gauck, Joachim Alemania
Mulet, Edmond (Cong.) Guatemala, Guatemala	Güttler, Vojen Corte Constitucional de Justicia de Checoslovaquia	Gcina, Paizoah Sudáfrica

Crímenes de Estado: ¿Castigo o perdón?	Justicia en tiempos de transición	Lidiando con el pasado
Instituto Aspen Wye, Maryland Noviembre 4-6, 1988 Financiador: Ford Foundation	**Charter 77 Foundation** Salzburgo, Austria Marzo 7-10, 1992 Financiadores: German Marshall Fondo de los Estados Unidos, Fundación Charles Stewart Mott, la National Endowment for Democracy, Open Society, la Rockefeller Family & Associates, la Fundación Rockefeller y la Charter 77 Foundation-Nueva York	**Institute for a Democratic Alternative for South Africa** Somerset West, Western Cape Febrero 1994 Financiador: Open Society
Nagel, Thomas NYU, Nueva York, EE.UU.	Holmes, Stephen Profesor de Ciencias Políticas, University of Chicago, EE.UU.	Goldstone, Richard Sudáfrica
Nakchung, Paik Universidad de Seúl, Corea	Huntington, Samuel Olin Institute, Harvard University, EE.UU.	James, Wilmot Sudáfrica
Pérez Aguirre, Luis (padre) Servicio Paz y Justicia, Montevideo, Uruguay	Laber, Jeri Director ejecutivo, Helsinki Watch	Lapsley, Michael Sudáfrica
Picken, Margo Ford Foundation, Nueva York, EE.UU.	Luciani, Claudia Council of Europe	Motlana, Nthato Sudáfrica
Pinheiro, Paulo Sergio Universidad de Sao Paulo, Brasil	Michelini, Rafael Diputado en la Cámara de Representates, Uruguay	Ntsebeza, Dumisa Sudáfrica
Posner, Michael Comisión de Abogados para los Derechos Humanos, Nueva York, EE.UU.	Navasky, Victor Editor, *The Nation*, EE.UU.	Osiatynski, Wiktor Polonia/EE.UU.

Crímenes de Estado: ¿Castigo o perdón?	Justicia en tiempos de transición	Lidiando con el pasado
Instituto Aspen Wye, Maryland Noviembre 4-6, 1988 Financiador: Ford Foundation	**Charter 77 Foundation** Salzburgo, Austria Marzo 7-10, 1992 Financiadores: German Marshall Fondo de los Estados Unidos, Fundación Charles Stewart Mott, la National Endowment for Democracy, Open Society, la Rockefeller Family & Associates, la Fundación Rockefeller y la Charter 77 Foundation-Nueva York	**Institute for a Democratic Alternative for South Africa** Somerset West, Western Cape Febrero 1994 Financiador: Open Society
Skweyiya, Lewis (Esq.) Durban, Sudáfrica	Offe, Claus Profesor de Ciencias Políticas, Universidad de Bremen, Alemania	Petrova, Dimitrina Bulgaria
	Osiatynski, Wiktor Asesor del Gobierno de Polonia en la redacción de una nueva Constitución, Polonia	Rosenberg, Tina EE.UU.
	Petovar, Tanja Abogado de HR Lawyer, Belgrado, Yugoslavia	Sachs, Albie Sudáfrica
	Phillips, Tim Charter 77 Foundation, Nueva York, EE.UU.	Schwarzenberg, Karel República Checa
	Rodrigo, Fernando Fundación Ortega y Gasset, Madrid, España	Slabbert, Frederik Van Zyl IDASA, Sudáfrica
	Roginsky, Arseny Miembro del Directorio de Memorial, Organización Rusa de Derechos Humanos	

Crímenes de Estado: ¿Castigo o perdón?	Justicia en tiempos de transición	Lidiando con el pasado
Instituto Aspen Wye, Maryland Noviembre 4-6, 1988 Financiador: Ford Foundation	**Charter 77 Foundation** Salzburgo, Austria Marzo 7-10, 1992 Financiadores: German Marshall Fondo de los Estados Unidos, Fundación Charles Stewart Mott, la National Endowment for Democracy, Open Society, la Rockefeller Family & Associates, la Fundación Rockefeller y la Charter 77 Foundation-Nueva York	**Institute for a Democratic Alternative for South Africa** Somerset West, Western Cape Febrero 1994 Financiador: Open Society
	Rupnik, Jacques Asesor de Mitterrand, Francia	
	Schwartz, Herman American University Law School Codirector, Proyecto Justicia en Tiempos de Transición, EE.UU.	
	Steigenberger, Helmut Former Justice of the FRG, Corte Constitucional, Alemania	
	Szajer, Jozef MP, Hungría	
	Teitel, Ruti New York Law School, EE.UU.	
	Urban, Jan Periodista para Livdove noviny, Checoslovaquia	

GENEALOGÍA DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL*

*Ruti Teitel***

1. Introducción

Este artículo propone una genealogía de la justicia transicional[1]. La justicia transicional puede definirse como la concepción de justicia asociada con períodos de cambio político[2], caracterizados por respuestas legales que tienen el objetivo de enfrentar los crímenes cometidos por regímenes represores anteriores[3]. La genealogía que se presenta en este artículo traza la búsqueda histórica de la justicia durante períodos de cambio político, revisa el desarrollo de los acontecimientos políticos de la segunda mitad del siglo XX y analiza la evolución de la concepción de

* Artículo publicado originalmente en Teitel, Ruti G. "Transitional Justice Genealogy". 2003. *Harvard Human Rights Journal*, v. 16, primavera 2003, Cambridge, MA, 69-94. La versión en español fue traducida al castellano por el Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. © 2003 The President and Fellows of Harvard College and Harvard Human Rights Journal. Traducido y publicado con permiso.

** Deseo manifestar mi agradecimiento a Camille Broussard y Elisa Gerontianos por su colaboración en la investigación y a Carlene Walsh por su asistencia en el procesamiento del texto. También deseo expresar mi reconocimiento a Danielle Celermajer, Bronwyn Leebow, Markus Mueller, Cliff Simms y Jonathan Stein por sus valiosos comentarios. En la conferencia realizada durante la primavera boreal de la European Law Research Center en el 2002, se presentó una versión anterior de este artículo bajo el título *The Globalization of Modern Legal Thought, Production and Reception, 1850-2000*, Facultad de Derecho, Universidad de Harvard.

1 El libro de Ruti G. Teitel, *Transitional Justice* (2000) contiene un análisis integral de la justicia transicional.

2 Véase Guillermo O'Donnell y Philippe C. Schmitter, *Transitions From Authoritarian Rule: Tentative Conclusions About Uncertain Democracies 6* (1998) (en el cual definen la transición como el intervalo entre un régimen político y otro).

3 Véase *Transitional Justice: How Emerging Democracies Reckon With Former Regimes* (Neil J. Kritz ed., 1997) que contiene una recopilación útil.

justicia transicional[4]. Este artículo afirma que una genealogía de la justicia transicional demuestra, a través del tiempo, una relación cercana entre el tipo de justicia que se persigue y las restricciones políticas relevantes. Actualmente, el discurso está dirigido a preservar un Estado de derecho mínimo identificado principalmente con la conservación de la paz.

La genealogía propuesta está estructurada según ciclos críticos que se pueden separar en tres fases[5]. Este artículo comienza describiendo brevemente dichas fases, para luego desarrollar más detalladamente cada una de estas, así como también las interrelaciones dinámicas críticas de las tres fases al interior de la genealogía[6]. La noción de genealogía presentada en este artículo se estructura y se sitúa en el desarrollo interno de una historia intelectual[7]. Por lo tanto, la genealogía se organiza a lo largo de un esquema del desarrollo de ideas asociadas con las tres fases de la justicia transicional. Estas fases reflejan, en última instancia, el vínculo de la genealogía con una tendencia intelectual más amplia hacia un creciente pragmatismo y politización del derecho[8].

Los orígenes de la justicia transicional moderna se remontan a la Primera Guerra Mundial[9]. Sin embargo, la justicia transicional comienza

---

4 Véase Teitel, nota 1 *supra*; Ruti Teitel, "Transitional Jurisprudence: The Role of Law in Political Transformation", 106, *Yale L. J.* 2009 (1997).

5 En este caso, el término "fases" debe entenderse primordialmente en sentido heurístico y se ha empleado para ayudar a entender la periodización de las diversas fases políticas y legales. Esto no significa que haya separaciones acústicas que dividan estas etapas. Ciertamente, existen superposiciones entre las tres fases que aquí se proponen.

6 Respecto a las respuestas "críticas" de la justicia transicional a las represiones políticas anteriores, véase Teitel, nota 1 *supra*, pp. 220-25.

7 En lo que se refiere a la genealogía, véase Michel Foucault, "Nietzche, Genealogy, History" (Donald F. Bouchard y Sherry Simon trad.) en *The Foucault Reader* 80 (Paul Rabinow ed., 1984). En cuanto a la política genealógica, véase Wendy Brown, *Politics out of History*, pp. 91-120 (2001); Michael Clifford, *Political Genealogy After Foucault: Savage Identities*, pp. 149-70 (2001).

8 Sobre pragmatismo, véase Marion Smiley, "Democratic Justice in Transition", 99 *Mich. L. Rev.* 1332 (2001) (analiza visiones pragmáticas de la justicia transicional y examina el libro *Justicia Transicional* de Ruti Teitel). Véase también Jack Snyder y Leslie Vinjamuri, *Principles of Pragmatism in Strategies of International Justice*, presentado en el Seminario de Seguridad Nacional del Instituto Olin, Universidad de Harvard (diciembre de 2001) (en el archivo del autor).

9 Respecto a ejemplos históricos, véase Teitel, nota 1 *supra*, pp. 31 y 39-40; en cuanto a antecedentes más antiguos, véase también Michael Walzer, *Regicide and Revolution: Speeches On The Trial Of Louis XVI* (Michael Walzer ed., Marion Rothstein trad., 1992) (que contienen un relato histórico).

a ser entendida como extraordinaria e internacional en el período de la posguerra después de 1945. La Guerra Fría da término al internacionalismo de esta primera fase, o fase de la posguerra, de la justicia transicional. La segunda fase o fase de la posguerra fría se asocia con la ola de transiciones hacia la democracia y modernización que comenzó en 1989. Hacia finales del siglo XX, la política mundial se caracterizó por una aceleración en la resolución de conflictos y un persistente discurso por la justicia en el mundo del derecho y en la sociedad. La tercera fase, o estado estable, de la justicia transicional, está asociada con las condiciones contemporáneas de conflicto persistente que echan las bases para establecer como normal un derecho de la violencia.

La fase I de la genealogía, la fase de la posguerra, comenzó en 1945. A través de su símbolo más reconocido —los juicios de Núremberg conducidos por los aliados—[10], esta refleja el triunfo de la justicia transicional dentro del esquema del derecho internacional. Sin embargo, este desarrollo no perduró, debido a su asociación con las condiciones políticas excepcionales del período de la posguerra: la menoscabada soberanía de Alemania sentó esfuerzos internacionales en favor de reconstrucciones nacionales. Las condiciones políticas en este caso fueron únicas y ni perdurarían ni volverían a ocurrir de la misma forma en que tuvieron lugar. Por lo mismo, esta primera fase de la justicia transicional, asociada con la cooperación entre los Estados, con procesos por crímenes de guerra y con sanciones, culminó poco después del fin de la guerra. Comenzando en los años cincuenta, la Guerra Fría y el estable equilibrio bipolar de poder condujeron a un *status quo* político general y a un impase con respecto al tema de la justicia transicional. Sin embargo, el legado de los juicios de posguerra que penalizaron los crímenes de Estado como parte de un esquema de derechos universales, supera ampliamente la fuerza real de los precedentes históricos y forma la base del derecho moderno de los derechos humanos[11].

10 Sobre el período de la posguerra, véase *From Dictatorship to Democracy: Coping With The Legacies of Authoritarianism and Totalitarianism* (John H. Herz ed., 1983). Indudablemente, hay ejemplos anteriores en el siglo, pero son respuestas de pequeña escala. Véase Philippe C. Schmitter, *Transitions From Authoritarian Rule: Comparative Perspectives* (Guillermo O'Donnell *et al.* eds., 1986).

11 Sobre el impacto del precedente establecido por Núremberg, véase Ruti G. Teitel, "Nuremberg and Its Legacy, Fifty Years Later", en *War Crimes: The Legacy of Nuremberg* 44 (Belinda Cooper ed., 1999). En cuanto a un ejemplo del impacto de los precedentes de posguerra en la legislación sobre derechos humanos, véase Henry Steiner y Philip Alston, *International Human Rights In Context: Law, Politics, Morals* (2000).

La fase II está asociada con un período de acelerada democratización y fragmentación política que ha sido caracterizado como la "tercera ola" de transiciones[12]. A lo largo del último cuarto del siglo XX, el colapso y desintegración de la Unión Soviética llevó a procesos simultáneos de democratización en muchos lugares del planeta. La retirada de fuerzas guerrilleras sustentadas por el régimen soviético hacia el final de los años setenta contribuyó al término de los regímenes militares en Sudamérica[13]. Estas transiciones fueron inmediatamente seguidas por transiciones post 1989 en Europa del Este, África y Centroamérica[14]. Si bien es cierto que estos cambios son comúnmente descritos como desarrollos aislados o como una serie de guerras civiles, no es menos cierto que muchos de estos conflictos fueron fomentados o apoyados por políticas internacionales de poder[15] y, por lo tanto, fueron afectados por el colapso soviético, el cual puso término al período de equilibrio político de la Guerra Fría[16].

Mientras la ola de transiciones de posguerra fría teóricamente presenta la posibilidad de un retorno a la fase I de justicia transicional internacional, la forma de justicia transicional que de hecho emerge está asociada con el ascenso de la idea de la reconstrucción nacional[17]. Además, más que entender el Estado de derecho en términos de hacer valer la responsabilidad de un reducido grupo de líderes, el modelo transicional de la fase II tiende a sustentarse en una comprensión de un Estado de

12 Véase Samuel P. Huntington, *The Third Wave: Democratization in The Late Twentieth Century* (1991).

13 Acerca de las transiciones en América Latina, véase Philippe C. Schmitter *et al.*, *Transitions From Authoritarian Rule: Latin America* (1986); Jaime Malamud-Goti, *Game Without End: State Terror and the Politics of Justice* (1996); Lawrence Weschler, *A Miracle, a Universe: Settling Accounts with Torturers* (1998); véase también *Transition to Democracy In Latin America: The Role of the Judiciary* (Irwin P. Stotsky ed., 1993).

14 Véase nota 12 *supra*.

15 Sobre América Latina, véase Lars Schoultz, *National Security and United States Policy Towards Latin America* (1987) (hace un análisis de América Latina y el equilibrio de fuerzas a nivel mundial); véase también David Green, *The Containment of Latin America: A History of The Myths and Realities of The Good Neighbor Policy* (1971); *With Friends Like These: The Americas Watch Report on Human Rights and U.S. Policy in Latin America* (Cynthia Brown ed., 1985).

16 No se ha querido plantear aquí una teoría de causa única, sino más bien aclarar ciertos factores comunes a las múltiples transiciones que se registraron en los últimos veinticinco años del siglo pasado. Por razones de disciplina, los estudios en cada área tienden a ser aislados.

17 Hay excepciones en el vuelco hacia la justicia internacional respecto de los conflictos en los Balcanes y en Ruanda. Véase el texto *infra* que acompaña la nota 133.

derecho más diverso, ligado a una comunidad política particular y sus condiciones locales[18]. Sin embargo, este acercamiento hacia una justicia más local e incluso privatizada, genera una tensión con el potencial de una concepción de justicia más abarcadora asociada con la política transnacional.

Hacia finales del siglo XX emerge la tercera fase o estado estable de la justicia transicional. Esta tercera fase se caracteriza por el fenómeno de la aceleración de la justicia transicional de *fin de siècle*, asociado con la globalización y tipificado por condiciones de marcada violencia e inestabilidad política[19]. La justicia transicional se traslada desde la excepción de la norma, para convertirse en un paradigma del Estado de derecho. En esta fase contemporánea, la jurisprudencia transicional normaliza un discurso ampliado de justicia humanitaria construyendo una organicidad del derecho asociado con conflictos omnipresentes, contribuyendo así al establecimiento de los fundamentos del emergente derecho sobre terrorismo.

2. Fase I: la justicia transicional de posguerra

La primera fase de una genealogía de la justicia transicional abarca el modelo de justicia posterior a la Segunda Guerra Mundial. No obstante, la historia comienza más temprano en el siglo XX, luego de la Primera Guerra Mundial. Durante el período entre ambas guerras, el objetivo central de la justicia era delinear la guerra injusta y demarcar los parámetros de un castigo justificable impuesto por la comunidad internacional. Las preguntas que se enfrentaron en este contexto incluyeron si castigar a la Alemania por su agresión, hasta qué punto hacerlo, y qué forma debería tomar la justicia: nacional o internacional, colectiva o individual. En última instancia, la decisión de establecer procedimientos internacionales reflejó las circunstancias políticas predominantes, particularmente los límites que existían sobre la soberanía nacional y la gobernabilidad internacional reconocida en aquel período.

Una perspectiva genealógica sitúa la justicia transicional de la posguerra en su propio contexto histórico, específicamente en la justicia transicional de la Primera Guerra Mundial[20] y revela hasta qué grado esta

18 Véase el texto *infra* que acompaña las notas 53-73.

19 Véase el texto *infra* que acompaña las notas 128-145.

20 Véase Niall Ferguson, *The Pity of War: Explaining World War I* (2000).

concepción anterior da cuenta de la respuesta crítica de la justicia post Segunda Guerra Mundial[21]. Al menos dos respuestas críticas emergen respecto a la justicia transicional de la Segunda Guerra Mundial. Primero, la justicia nacional fue desplazada en favor de la justicia internacional. La administración del modelo de justicia transicional punitiva del período post Primera Guerra Mundial, caracterizada por fallidos juicios nacionales, fue dejada en manos de Alemania[22]. Visto con retrospectiva histórica, parecía bastante claro que los juicios nacionales del período post Primera Guerra Mundial no sirvieron para evitar la futura matanza ocurrida en la Segunda Guerra Mundial. En una evidente respuesta crítica al pasado, la justicia transicional del período post Segunda Guerra Mundial comenzó por evitar procesamientos a nivel nacional[23]. En cambio, se buscó la responsabilidad criminal del liderazgo del Reich a nivel internacional[24].

La segunda respuesta crítica se refiere a las sanciones colectivas impuestas a Alemania a partir del fin de la Primera Guerra Mundial[25]. Visto desde la perspectiva de la genealogía, estas respuestas transicionales claramente fracasaron y vinieron a identificarse como la base para el surgimiento de un sentido de frustración económica y resentimiento que impulsó el rol de Alemania en la Segunda Guerra Mundial[26]. Las onerosas sanciones impuestas y sus crudas consecuencias —que además

21 Respecto de los juicios de posguerra llevados a cabo por los aliados, véase Telford Taylor, *The Anatomy of The Nuremberg Trials: A Personal Memoir* (1992); Sheldon Glueck, *War Criminals: Their Prosecution and Punishment* (Kraus Reprint Co., 1976) (1944).

22 El relato se encuentra en Geo. Gordon Battle, "The Trials Before the Leipsic Supreme Court of Germans Accused of War Crimes", 8 *Va. L. Rev.* 1 (1921).

23 Sobre la historia de las deliberaciones, véase Robert I. Conot, *Justice at Nuremberg* (1983).

24 No obstante, los juicios posteriores ante el Consejo de Control Número Diez serían convocados a nivel nacional. Véase *Government Printing Office, Trials of the Major War Criminals Before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law*n.° 10 (1953) (llamados comúnmente "libros verdes").

25 El Tratado de Versalles, en su artículo 231, establece que: "Los gobiernos aliados y asociados declaran, y Alemania reconoce, que Alemania y sus aliados son responsables, por haberlos causado, de todos los daños y pérdidas infligidos a los gobiernos aliados y asociados y sus súbditos a consecuencia de la guerra que les fue impuesta por la agresión de Alemania y sus aliados". Según la cláusula de "culpabilidad bélica" contenida en el Tratado, toda la responsabilidad por la guerra debía ser asumida por Alemania. Véase Tratado de Versalles, 28 de junio de 1919, artículo 231, Parte VIII, Consol. T.S. 225; véase en general Nana Sagi, *German Reparations: A History of the Negotiations* (Dafna Alon trad., 1980).

26 Véase Ferguson, nota 20 *supra*.

no discriminaban entre individuos— hicieron surgir interrogantes normativas profundas[27]. Este abordaje dio cabida a la respuesta crítica que siguió a la Segunda Guerra Mundial y al enfoque más liberal de enjuiciamiento sobre la base de las responsabilidades individuales.

Mientras que el objetivo de la norma de la justicia transicional afirmado en esta fase era la determinación de responsabilidades *(accountability)*, la impresionante innovación en aquel tiempo fue el giro hacia el derecho penal internacional y la extensión de su aplicabilidad más allá del Estado, es decir, al individuo. Además, a través de cambios en el derecho de la guerra y sus principios de responsabilidad criminal, el sistema legal internacional permitió hacer responsable a los altos mandos del Reich por los crímenes de agresión y políticas represivas. Si bien es cierto que se sostiene que la disuasión tiene una perspectiva de futuro, queda también en claro que los procesamientos de Núremberg estuvieron básicamente orientados a justificar y legitimar la intervención de los aliados en la guerra[28]. Este uso de la justicia transicional reaparece nuevamente en la fase III[29].

El período inmediatamente posterior a la Segunda Guerra Mundial se considera el apogeo de la justicia internacional. El importante abandono de las respuestas transicionales nacionalistas previas y el acercamiento hacia una política internacionalista se consideró una garantía para el Estado de derecho. No obstante, era debatible que establecer responsabilidades criminales a nivel internacional contribuyera a una mayor disuasión. Si bien se estima que la justicia internacional incorpora la imparcialidad asociada con el Estado de derecho[30], se piensa que otros valores del Estado de derecho se derivan del establecimiento a nivel local de responsabilidades, el cual se asocia con la justicia nacional[31]. Más

27 El uso de sanciones económicas en el movimiento contemporáneo ha causado preocupaciones similares. Sobre el debate de la imposición de sanciones por parte de los Estados Unidos, véase Audie Klotz, "Norms Reconstituting Interests: Global Racial Equality and U.S. Sanctions Against South Africa", 49 *Int'l Org*. 451 (1995).

28 La justicia transicional se usó como norma para distinguir entre intervenciones militares justificadas e injustificadas. Véase Taylor, nota 21 *supra*, pp. 22-42 (donde se analizan las ideas de Núremberg relativas a si el inicio de una guerra ofensiva debe considerarse un crimen en virtud del derecho internacional).

29 Véase el texto *infra* que acompaña las notas 133-137.

30 Véase Teitel, nota 1 *supra*, pp. 30-39; Stotsky, nota 13 *supra*.

31 Estos se analizan más adelante en la Parte II, notas 53-57, 58-73 y textos correspondientes. Véase Teitel, nota 1 *supra*, pp. 36-40; véase en general Stotsky, nota 13 *supra*.

aún, luego de la Segunda Guerra Mundial, la aplicación de la justicia internacional conllevó irregularidades legales que tensaron el Estado de derecho, especialmente dado su declarado objetivo liberalizador[32]. En última instancia, el modelo de la fase I ofrecería un precedente muy limitado. Con la bifurcación de la Guerra Fría, se volvió eminentemente claro que este modelo no podría ser exportado fácilmente. Si bien una especie de justicia internacional vuelve a surgir en la fase III[33], se trata de un modo más contemporáneo de internacionalismo que ha sido moldeado por los desarrollos causados por el fenómeno de la globalización[34].

El giro hacia el derecho internacional de la posguerra reflejó también el sentido de que el tema relevante de la justicia transicional era dar una respuesta legal internacional que fuera gobernada por el derecho de los conflictos armados. A través de los años, este legado ha sido mixto: la fuerza de los precedentes se ha reflejado escasamente en otras instancias de justicia internacional[35], aunque esto posiblemente esté cambiando con la creación del Tribunal Penal Internacional (en adelante TPI) como instancia permanente[36]. La fuerza constante del legado de la posguerra se ha hecho evidente en los desarrollos del derecho internacional que incorporó aspectos de los precedentes que establecieron los juicios internacionales por los abusos en tiempos de guerra poco después de la Segunda Guerra Mundial. Tal fue el caso de la Convención contra el Genocidio de 1948[37]. Además, dimensiones de los

32 Véase David Luban, *Legal Modernism* 336 (1994).

33 Véase Teitel, "Transitional Jurisprudente", nota 4 *supra*.

34 Véase el texto *infra* que acompaña las notas 132-137.

35 Véase Teitel, nota 11 *supra*, p. 44. Los procesamientos relacionados con la Segunda Guerra Mundial constituyen hasta hoy los precedentes más importantes de responsabilidad penal. Respecto de una bibliografía de los juicios por crímenes de guerra, véase *War Criminals and War Crimes Trials: An Annotated Bibliography and Source Book* (Norman E. Tuterow ed., 1986). Véase Symposium, *Holocaust and Human Rights Law: The Sixth International Conference*, 12 B.C. *Third World L.J.* 191 (1992).

36 Véanse notas 132-134 *infra* (respecto del Estatuto de Roma).

37 Véase *Affirmation of the Principles of International Law Recognized by the Charter of the Nuremberg Tribunal*, Res. A.G. 95(1), UN GAOR, Doc. A/64/Add.1 (1946). Un análisis del proceso de codificación y la labor de la Comisión de Derecho Internacional aparece en M. Cherif Bassiouni, "The History of the Draft Code of Crimes Against the Peace and Security of Mankind", en *Nouvelles Études Penales, Commentaries on The International Law Commission's 1991 Draft Code of Crimes Against The Peace and Security of Mankind 11* (M. Cherif Bassiouni ed., 1993); *Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*, 9 de diciembre de 1948, 78 UNTS 277 (vigente a contar del 12 de enero de 1951); Declaración Universal de Derechos Humanos, Res. A.G. 217A

precedentes de la posguerra, tales como su compromiso fundamental con los derechos individuales, también le ha dado forma al derecho local y al derecho comparado, tal como se ha vuelto evidente en la creciente ola de constitucionalismo relacionado con estas materias[38]. En la fase de la posguerra, la exportación de distintas formas de justicia transicional ocurrió a través del trasplante legal de convenios, tratados, convenciones y constitucionalismo. El período de la posguerra fue también el apogeo de la creencia en el derecho y el desarrollo y, dicho más generalmente, de la creencia en el derecho como instrumento de modernización del Estado[39].

La justicia internacional asociada con el período de la posguerra retorna transformada por las circunstancias contemporáneas postconflicto, revelando la dinámica crítica de la justicia transicional. La justicia internacional se presenta nuevamente, pero es transformada por los precedentes pasados y por un nuevo contexto político. El tema y el campo de acción de la justicia transicional se han expandido para trascender su acción operativa por sobre los Estados y actuar sobre actores privados. La justicia transicional se ha extendido también más allá de su rol histórico en la regulación de conflictos internacionales, pudiendo ahora regular tanto los conflictos intraestatales así como las relaciones en tiempos de paz, estableciendo un mínimo estándar de Estado de derecho en las políticas globalizadoras[40]. El significado de estos desarrollos será discutido en la fase III.

3. Fase II: la justicia transicional de la posguerra fría

Las últimas dos décadas del siglo XX se caracterizaron por una verdadera ola de transiciones políticas. El colapso de la Unión Soviética, el fin del balance bipolar del poder y la concomitante proliferación de

(III), 71 UN Doc. A/810 (1948). Un análisis más amplio de estos acontecimientos de la posguerra aparece en Ruti G. Teitel, "Human Rights Genealogy", 66 *Fordham L. Rev.* 301 (1997).

38 Esto se manifiesta en el movimiento constitucionalista del período de posguerra. Véase Louis Henkin, *The Age of Rights* (1990). Respecto del derecho emergente al sistema democrático, véase Thomas M. Franck, "The Emerging Right to Democratic Governance", 86 *Am. J. Int'l. L.* 46, 53 (1992).

39 John Henry Merryman, "Law and Development Memoirs II: SLADE", 48 *Am. J. Comp. L.* 713 (2000). Véase John Henry Merryman, "Comparative Law and Social Change", 25 *Am. J. Comp. L.* 457, 483 (1977); véase también Thomas Carothers, *Aiding Democracy Abroad: The Learning Curve* (1999).

40 Véanse notas 128-140 *infra* y textos correspondientes.

procesos de democratización política y modernización marcó el comienzo de la fase de la posguerra fría de la justicia transicional[41].

La decadencia y finalmente el colapso del Imperio Soviético encendieron una ola liberalizadora que comenzó con las transiciones en el Cono Sur de Sudamérica a finales de los años setenta y comienzos de los ochenta. Esta continuó a través de Europa del Este y Centroamérica[42]. Mientras estos acontecimientos regionales son generalmente representados como mutuamente independientes, una perspectiva genealógica ilumina la conexión entre estas transiciones políticas e ilustra cuántos conflictos locales fueron apoyados por el bipolarismo soviético y estadounidense[43]. El término de este esquema histórico no implica que dichos conflictos también hayan terminado, pues continúan activos numerosos movimientos insurgentes interconectados[44].

Cuando ocurrían las transiciones políticas en los años ochenta, la interrogante encarada por los regímenes sucesores fue si acaso, y hasta qué punto, adherir al modelo de justicia transicional de la fase I[45]. En las nuevas democracias que emergieron en Sudamérica después del colapso de las juntas militares represivas no había seguridad de que pudiera seguirse con éxito el enjuiciamiento de los líderes de ellas al estilo de Núremberg[46]. Esta cuestión se presentó primero en Argentina después de

41 Otras obras se refieren a este hecho como “la tercera ola” de democratización. Véase, por ejemplo, Huntington, nota 12 *supra*.

42 Véanse notas 14-15 *supra*; Walter Lefeber, *Inevitable Revolutions: United States and Central America* (1984).

43 Un examen de esta tercera ola de transición, aparece en Huntington, nota 12 *supra*. Véase también Schoultz, nota 15 *supra*, pp. 112-204 (analiza cuestiones de geopolítica y derechos humanos en el contexto de la política de Estados Unidos hacia Centroamérica).

44 Esto quedó sumamente claro después del atentado terrorista del 11 de septiembre de 2001. Véase Ahmed Rashid, *Jihad: The Rise of Militant Islam in Central Asia* (2002); véase también Harold Hongju Koh, “A United States Human Rights Policy for the 21st Century”, 46 *St. Louis U. L.J.* 293 (2002); notas 130-131 *infra* y textos correspondientes.

45 Respecto a uno de los principales defensores del “Modelo Nüremberg,” véase Aryeh Neier, “What Should Be Done About the Guilty?”, *N.Y. Rev. Books*, 1 de febrero de 1990; véase también Aryeh Neier, *War Crimes: Brutality, Genocide, Terror, and The Struggle for Justice* (1998).

46 Véase Ruti G. Teitel, “How are the New Democracies of the Southern Cone Dealing with the Legacy of Past Human Rights Abuses?”, en Kritz, nota 3 *supra*; Jaime Malamud-Goti, “Transitional Governments in the Breach: Why Punish State Criminals?”, 12 *Hum. Rts. Q.* 1 n.1 (1990).Otros aspectos de este tema, tales como las reparaciones, se abordaron en una fase posterior.

la guerra de las Malvinas/Falklands[47], donde el régimen sucesor hizo lo posible por hacer una distinción entre el contexto nacional y aquel de justicia internacional de posguerra e impulsó juicios a nivel nacional[48]. En distintos países de Latinoamérica, los Gobiernos de las nacientes democracias se enfrentaron con sus fuerzas armadas nacionales sobre la cuestión de cuál política de justicia aplicar[49]. Esto produjo, a su vez, un inquietante recordatorio del período post Primera Guerra Mundial y volvió a surgir la pregunta de si acaso la justicia criminal promovía o no el progreso del Estado de derecho. En la fase II, la modernización y el Estado de derecho fueron equiparados con someter a proceso criminal, por parte del Estado-nación, a los inculpados para legitimar el nuevo régimen y hacer avanzar la reconstrucción de la nación.

La fase II, al igual que la fase I, presenta una capacidad limitada para ser transferida a contextos políticos de formas de soberanía radicalmente diferente[50]. No obstante, a pesar de la ausencia general de juicios internacionales en la fase II, un examen de la jurisprudencia transicional demuestra que el derecho internacional puede jugar un rol constructivo, proveyendo una fuente alternativa de Estado de derecho para guiar los juicios nacionales en una sociedad en transición[51]. En este sentido, las normas legales internacionales son útiles para construir una percepción de continuidad y consistencia en el Estado de derecho[52]. El profundo y permanente significado del modelo de Núremberg radica en que mediante la definición del Estado de derecho en términos universalizadores, este se ha convertido en el patrón estándar en el cual se enmarcan todos los debates posteriores sobre justicia transicional. Mientras la política de justicia de la fase I sencillamente asumió la legitimidad de castigar los

---

47 La guerra culminó con la derrota total de la junta militar del país y permitió que la transición avanzara. Para un análisis de la política de procesamientos en Argentina, véase Carlos Santiago Nino, *Radical Evilon Trial* (1996) (*Juicio al mal absoluto*); véase también Carlos S. Nino, "The Duty to Punish Past Abuses of Human Rights Putin to Context: The Case of Argentina", 100 *Yale L.J.* 2619 (1991).

48 Véase Nino, nota 47 *supra*.

49 Véase Alice H. Henkin, "Conference Report", en *State Crimes: Punishment or Pardon*, Papers and Report of the Conference, 4-6 de noviembre de 1988, Wye Center, Maryland 1 (1989).

50 Véase Teitel, nota 1 *supra*, pp. 36-39.

51 Véase *id.*, pp. 20-23 (donde se identifican y evalúan diversos ejemplos en los que se extraen del derecho internacional valores alternativos al imperio de la ley y se los incorpora a la legislación nacional de las sociedades en transición).

52 Véase Álvarez, nota 56 *infra*; Schabas, nota 56 *infra*.

abusos contra los derechos humanos, en la fase II la tensión entre castigo y amnistía se complicó con la admisión y reconocimiento de dilemas inherentes a períodos de cambio político.

La justicia transicional, en su segunda fase, reflejó que los valores relevantes puestos en la balanza de la justicia no eran exactamente aquellos de los de un Estado de derecho ideal. Allí donde el propósito era promover y consolidar la legitimidad, los principios del pragmatismo guiaron la política de justicia y el sentido de adherencia al Estado de derecho. La jurisprudencia transicional se vinculó a una concepción de justicia imparcial e imperfecta. Lo que es justo y equitativo en circunstancias políticas extraordinarias tendría que ser determinado desde la posición transicional en sí[53]. Por consiguiente, emergieron múltiples concepciones de justicia en la fase II.

Las reflexiones sobre la justicia en la transición se entienden mejor cuando se está situado en las verdaderas realidades políticas y en el contexto político de la transición, los que incluyen las características del régimen predecesor, así como contingencias de tipo político, jurídico y social. La factibilidad de perseguir la aplicación de la justicia y la capacidad de esta para contribuir al Estado de derecho transicional, dependía de la escala de los crímenes previos, así como también del grado en que estos se convirtieron en sistemáticos o fueron patrocinados por el aparato del Estado. El intento de hacer valer la responsabilidad en los hechos por medio del derecho penal a menudo generó dilemas propios del Estado de derecho, incluyendo la retroactividad de la ley, la alteración y manipulación indebida de leyes existentes, un alto grado de selectividad en el sometimiento a proceso y un poder judicial sin suficiente autonomía[54]. Por ello, en la medida en que la imposición de la justicia penal incurrió en tales irregularidades, corrió el riesgo de desvirtuar la

53 Véase Teitel, nota 1 *supra*, p. 234.

54 En aquellos casos en los que la estrategia procesal se centra en personas determinadas, esta habitualmente fracasa en su intento de condenar al sistema que define al régimen represivo moderno, anulando el propósito esencial de la justicia transicional. Véase Jon Elster, “On Doing What One Can: An Argument Against Post-Communist Restitution and Retribution”, en Kritz, nota 3 *supra*, pp. 566-68. Respecto a juicios selectivos, compárese Teitel, *Transitional Jurisprudence*, nota 4 *supra* (que presenta a los juicios selectivos como un límite en la política del castigo transicional), con Payam Akhavan, “Justice in The Hague, Peace in the Former Yugoslavia? A Commentary on the United Nations War Crimes Tribunal”, 20 *Hum. Rts. Q.* 774, 774-81 (1998) (que plantea argumentos a favor de los juicios selectivos por el impacto que produce el hecho de “decir la verdad”), y Diane F. Orentlicher, “Settling Accounts: The Duty to Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime”, 100 *Yale L.J.* 2537 (1991)

contribución que la justicia puede hacer para el restablecimiento de un Estado de derecho[55]. En democracias débiles, donde la administración de sanciones y castigos puede provocar agudos dilemas sobre el Estado de derecho, las contradicciones generadas por el uso de la ley pueden volverse demasiado grandes[56]. Estos profundos dilemas fueron reconocidos en las deliberaciones que precedieron a las decisiones, en muchos países, de renunciar a procesos penales en favor de métodos alternativos para el esclarecimiento de la verdad y el establecimiento de responsabilidades en los hechos[57].

Dadas las tensiones presentes en la administración de la justicia transicional en esta segunda fase, los principios de justicia asociados con la fase I fueron cada vez más cuestionados. En una respuesta crítica al proyecto de justicia de posguerra de la fase I, la fase II fue más allá de la justicia retributiva —del modo como se entiende históricamente—. Los dilemas transicionales en juego en la fase II se enmarcaron en términos más abarcadores que la simple práctica de confrontar y demandar responsabilidades al régimen predecesor, e incluyeron interrogantes acerca de cómo sanar las heridas de una sociedad entera e incorporar

(ofrece un argumento a favor de los juicios selectivos por contribuir, a fin de cuentas, a imponer el imperio de la ley).

55 Véase Teitel, nota 1 *supra*, pp. 2016-30 (donde se analizan los problemas del imperio de la ley).

56 Véase Teitel, nota 1 *supra*, pp. 36-39, 46-51. Véase en general Ruti G. Teitel, "Persecution and Inquisition: A Case Study", en Stotsky, nota 13 *supra*, p. 141. El fracaso de los juicios en democracias novatas, tales como Ruanda, ejemplifican los conflictos que se suscitan entre los procesos nacionales de reconciliación y la justicia penal. Un análisis del sistema judicial ruandés y el debate acerca de las resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas para crear un tribunal penal internacional en Ruanda aparece en Neil J. Kritz, U.S. Inst. of Peace, Special Report, *Rwanda: Accountability For War Crimes and Genocide (A Report On A United States Institute For Peace Conference)* (1995) que está disponible en http://www.usip.org/oc/sr/rwanda1.html (última visita realizada el 11 de enero de 2003). Véase también William Schabas, *Justice, Democracy and Impunity in Post-Genocide Rwanda: Searching for Solutions to Impossible Problems*, 7 Crim. LF 523, 551-52 (1996) (se cita la Res 955 CS, ONU SCOR, Ses. XLIX, 3453 reunión, Doc. ONU S/RES/995 (1994)). Compárese la solución internacional; véase José Álvarez, "Crimes of State/Crimes of Hate: Lessons from Rwanda", 24 *Yale J. Int'l L.* 365 (1999) (que analiza los límites que enfrentan los tribunales penales internacionales).

57 Sudáfrica es un ejemplo destacado. Un análisis de la función del Poder Judicial de Sudáfrica como factor en el acuerdo transicional de amnistía nacional aparece en Paul van Zyl, "Dilemmas of Transitional Justice: The Case of South Africa's Truth and Reconciliation Commission", 52 J. *Int'l Aff.* 647 (1999). Se ofrece un análisis integral del papel histórico que le cupo al Poder Judicial bajo el régimen de *apartheid* en Stephen Ellmann, *In A Time Of Trouble: Law And Liberty In South Africa's State Of Emergency* (1995); David Dyzenhaus, "Transitional Justice", 1 *Int'l J. Const. L.* 163 (2003).

diversos valores de un Estado de derecho, tales como la paz y la reconciliación, los que habían sido tratados previamente en gran medida como externos al proyecto de justicia transicional. En consecuencia, el abandono de los juicios asociados con la justicia internacional reflejó un giro en la comprensión de la justicia transicional, la que vino a asociarse con las condiciones políticas más complejas y diversas de la reconstrucción de la nación.

La fase II de la posguerra fría se encuentra en una posición crítica relativa a la justicia transicional de la fase I. En el contexto de la fase II, con una creciente ola de transiciones a la democracia y de reconstrucciones de naciones, la justicia transicional significó realizar concesiones cruciales sobre el Estado de derecho. Por ello, si bien inicialmente la justicia transicional de la fase I parecía asumir su potencialmente ilimitada extensión y universalidad en el derecho, ya en su segunda fase esta fue reconocidamente más contextual, limitada y provisional. En última instancia, el énfasis en la responsabilidad local en las transiciones de la posguerra fría respondió a una perspectiva parcial y distorsionada de un conflicto bipolar históricamente mucho más extenso. Dado que en la fase II se confió en formas de justicia local o nacional y ello constituyó una respuesta crítica a la fase I, el modelo de la posguerra fría, en último término, no fue apropiado para posteriormente generar una globalización de la política en la cual los factores nacionales e internacionales contribuyeran interdependientemente al cambio político.

3.1. Yuxtaponiendo la verdad con la justicia

Esta sección profundiza en el vínculo entre la forma de justicia transicional escogida y el contexto político. En la fase II, la dinámica transicional central respondió a la justicia transicional de posguerra mientras, al mismo tiempo, se diferenciaba respecto de ese período. Las respuestas de la justicia transicional en la segunda fase se apartaron de la justicia transicional internacional de posguerra hacia estrategias alternativas. Esto se ilustró con el surgimiento de un tipo de derecho con características híbridas y un giro hacia respuestas del derecho y de la sociedad.

El modelo más destacado en esta fase es el que se conoce como *el modelo restaurativo*. En esta fase, el propósito principal de la justicia transicional fue construir una historia alternativa de los abusos del

pasado. Emergió entonces una dicotomía entre verdad y justicia. Así, el paradigma de la fase II mayoritariamente evitó enjuiciamientos para, en cambio, concentrarse en un nuevo mecanismo institucional: *las comisiones de la verdad*. Una comisión de la verdad es un organismo oficial, habitualmente creado por un Gobierno nacional para investigar, documentar y divulgar públicamente abusos a los derechos humanos en un país durante un período de tiempo específico. Si bien este nuevo mecanismo institucional fue usado por primera vez en Argentina[58], este modelo investigativo es ahora asociado con la respuesta adoptada por la Sudáfrica post *apartheid* en los años noventa[59]. Desde entonces, se han propuesto o convocado comisiones de la verdad y la reconciliación de diversos tipos en todo el mundo y —frecuentemente— han generado un significativo apoyo internacional[60].

Lo atrayente de este modelo es su capacidad para ofrecer una perspectiva histórica más amplia, en lugar de meros juicios para casos aislados[61]. Las comisiones de la verdad son preferidas donde el régimen predecesor hizo desaparecer personas u ocultó información sobre su política persecutoria, como fue el caso típico en Latinoamérica[62]. En contraste, las comisiones de la verdad han sido de poco interés en la Europa postcomunista, donde el uso de la historia por parte de los

58 Argentina estableció la primera comisión oficial transicional de investigación de la era moderna. Si bien era una comisión de la verdad, su objetivo no era la reconciliación. La investigación realizada por la Comisión Nunca Más fue la primera fase de la justicia argentina posterior a la junta, tras el colapso del régimen militar después de la derrota en la guerra de las Malvinas. Un relato de estos hechos aparece en Nino, nota 47 *supra*. Véase también *Nunca Más: The Report of The Argentine National Commission on The Disappeared* (Farrar *et al*. trans, 1986).

59 Véase *Truth and Reconciliation Commission of South Africa Report* (Truth and Reconciliation Comm'n eds., 1999); Ley n.° 34 de Promoción de Unidad Nacional y Reconciliación (1995) (Sudáfrica) (crea la Comisión de Verdad y Reconciliación). Véase Alex Boraine, *A Country Unmasked* (2000) que contiene un relato a fondo de esta historia desde un punto de vista biográfico.

60 En Priscilla B. Hayner, *Unspeakable Truths: Confronting State Terror and Atrocity* (2001) se ofrece un análisis integral sobre las comisiones de la verdad., Véase Boraine, nota 59 *supra* que contiene un análisis del modelo sudafricano. Para una interpretación crítica del proyecto de comisiones de la verdad, véase Teitel, nota 1 *supra*, pp. 77-88.

61 Véase Teitel, nota 1 *supra*, p. 70 (donde analiza los "regímenes de verdad" foucaultianos y su inevitable asociación con un régimen político).

62 Véase Teitel, nota 46 *supra*. Véase también *Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación de Chile* (Phillip E. Berryman trad., 1993) disponible en http://www.nd.edu/~ndlibs/eresources/etexts/truth/table_of_contents.htm (última visita realizada el 11 de enero de 2003).

Gobiernos fue en sí mismo una dimensión destructiva de la represión comunista[63]. En consecuencia, en la Europa del Este, la respuesta crítica principal de los regímenes sucesores no fue crear historias oficiales, sino garantizar el acceso a los archivos históricos[64].

El modelo de la fase II pareció impulsar algunos de los objetivos de la justicia criminal del Estado de derecho en sociedades en transición, en las cuales las instituciones legales funcionaban bajo condiciones de tensión transicional. Visto desde una perspectiva genealógica, el objetivo primordial de las comisiones de la verdad no era la verdad, sino la paz. Esto planteó la interrogante sobre la relación esperada entre la paz y la promoción del Estado de derecho y la democracia. Mientras los defensores del modelo sudafricano argumentaron que la paz era una condición previa necesaria para la democracia[65], la construcción de instituciones democráticas no fue su objetivo primario[66]. Es para nada evidente que políticas cortoplacistas de manejo de conflictos puedan promover efectivamente el Estado de derecho[67]. No obstante, a menudo los propósitos de una comisión de la verdad se consideran análogos a aquellos de la justicia criminal, ya que tanto los procesos judiciales como las comisiones de la verdad pueden entenderse como animados fundamentalmente por la idea de la disuasión[68]. De hecho, los mandatos

63 Sobre Alemania Oriental y el tratamiento dado a los archivos oficiales después de la transición, véase Tina Rosenberg, *The Haunted Land: Facing Europe's Ghosts After Communism* 261-394 (1996). Véase también Timothy Garton Ash, *The File: A Personal History* (1998).

64 Varios países de la región han promulgado leyes que permiten que las víctimas y otras personas tengan acceso a los archivos. Véase Teitel, nota 1 *supra*, pp. 95-103; véase también Ruti Teitel, "Preface", en *Truth and Justice: The Delicate Balance: The Documentation of Prior Regimes and Individual Rights* (1993).

65 Véase Boraine, nota 59 *supra*; Margaret Popkin y Naomi Roht-Arriaza, "Truth as Justice: Investigatory Commissions in Latin America", *Law and Soc. Inquiry*, vol. 20 (invierno, 1995); Kader Asmal *et al.*, *Reconciliation Through Truth: A Reckoning of Apartheid's Criminal Governance*12-17 (1997) (describe la Comisión de Verdad y Reconciliación como una instancia que "consigue la justicia mediante la verdad").

66 Véase George Bizos, *No One to Blame: In Pursuit of Justice in South Africa* 229-39 (1998) (analiza el debate del Congreso Nacional Africano acerca de los objetivos que logrará la Comisión de Verdad Sudafricana).

67 En cuanto a argumentos relacionados, véase *Human Rights in Political Transitions: Gettysburg to Bosnia* 13-31 (Carla A. Hessey Robert Post eds., 1999); véase también Ruti Teitel, *Millennial Visions: Human Rights at Century's End, id.*, pp. 339-42.

68 Véase Teitel, nota 1 *supra*, p. 81. El establecimiento de las comisiones de la verdad no implica necesariamente que sus investigaciones constituirán la respuesta completa y exclusiva del Gobierno frente a las injusticias del pasado. Véase *Nunca Más*, nota 58

de tales comisiones frecuentemente incluyen recomendaciones para prevenir la recurrencia de los abusos hacia los derechos humanos[69].

La respuesta de la fase II trascendió el enfoque unidimensional sobre responsabilidad individual en favor de una concepción más comunitaria. Sin embargo, el propósito de esta fase puede difícilmente considerarse un proyecto de justicia social a gran escala[70]. En cambio, los propósitos de la justicia transicional en esta fase se trasladaron desde la primera meta de establecer el Estado de derecho por medio de hacer valer responsabilidades, hacia el objetivo de preservar la paz[71]. Este cambio de énfasis redefine la comprensión de los propósitos de la transición.

Además, en esta fase, la modalidad de justicia transicional se convirtió comúnmente en un tema de orden privado. Incluso cuando fue investida con la autoridad gubernamental, la justicia transicional, realizada a través de las comisiones de la verdad, frecuente y básicamente se convirtió en un vehículo para que las víctimas se reconciliaran y se recuperaran del daño sufrido en el pasado, muchas veces a través de la asesoría y la ayuda de varios actores no estatales. La justicia transicional se convirtió en una forma de diálogo entre las víctimas y sus victimarios. Hubo un alejamiento desde el foco de la fase I en torno a la universalización

supra donde aparece un análisis del proceso argentino. En El Salvador y Sudáfrica, las confesiones ante la Comisión de Verdad y Reconciliación se recibieron a cambio de amnistías. Véase *The Truth Commission for El Salvador, From Madness to Hope: The 12-Year War in El Salvador*, UN SCOR, Anexo a carta fechada 29 de marzo de 1993, dirigida por Boutros-Boutros Ghali al Presidente del Consejo de Seguridad, UN Doc. S/25500 (1993), disponible en http://www.usip.org/library/tc/doc/reports/tc_elsalvador.html (última visita efectuada el 11 de enero de 2003); Thomas Buergenthal, "The United Nation's Truth Commission for El Salvador", 27 *Vand. J. Transnat'l L.* 497 (1994). El ejemplo contrario sería Argentina, cuya transición se inició con una comisión de la verdad, que luego llevó a la formación de una política judicial penal y, finalmente, al inicio de procesamientos. Respecto de los acuerdos latinoamericanos, véase Weschler, nota 13 *supra*. Respecto al sistema sudafricano, véase Ley de Promoción de Unidad Nacional y Reconciliación, nota 59 *supra*. Sobre el otorgamiento de amnistías en Sudáfrica, véase Comisión de Verdad y Reconciliación, Transcripción de Dictámenes de Amnistía, que se encuentra en http://www.doj.gov.za/trc/amntrans/index.htm (última visita realizada el 11 de enero de 2003). Se pueden encontrar comentarios adicionales sobre el proceso de reconciliación en Abdullah Omar, "Truth and Reconciliation in South Africa: Accounting for the Past", 4 *Buff. Hum. Rts. L. Rev.* 5 (1997).

69 Véase Popkin y Roht-Arriaza, nota 65 *supra*.

70 Sin duda, hay excepciones. Cuando se inició la transición sudafricana, la Liga Nacional Africana intentó implementar un programa redistributivo más amplio.

71 Véase Ruti Teitel, "Bringing the Messiah Through the Law", en Hesse y Post, nota 67 *supra*, pp. 177-93 (analiza el conflicto entre el proceso político de pacificación y la imposición de la ley en el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia).

de juicios, hacia un enfoque en torno a la reconstrucción de la identidad política[72] a través del Estado de derecho sobre la base de los conceptos locales de legitimidad.

El problema del enjuiciamiento dio paso a otras formas de respuesta, sobre todo comisiones nacionales investigadoras que tenían la ventaja de ser capaces de investigar más sistemáticamente los crímenes del Estado[73]. A pesar de apartarse de la justicia criminal internacional asociada con la primera fase, la respuesta de la fase II sí incorporó la retórica de los derechos humanos del modelo de posguerra, aunque en un abordaje más amplio, societal y restaurativo. El dilema central asociado con esta fase fue frecuentemente enmarcado en términos de derechos humanos tales como, si acaso las víctimas tienen el derecho a saber la verdad y si acaso el Estado tiene el deber de investigar para revelar dicha verdad[74]. Dentro de este marco, la dinámica central de "verdad *versus* justicia" sugirió que necesariamente existían conflictos entre justicia, historia y memoria. Esta formulación dinámica se entiende mejor como una respuesta crítica al modelo de posguerra previo. No obstante, el intento de acomodar la retórica internacional de derechos humanos a una amplia

72 En este vuelco hay una variedad de propósitos relacionados, incluyendo el recuerdo, el duelo y la recuperación. Existe una literatura creciente acerca de las alternativas al castigo. Véase, por ejemplo, *The Politics Of Memory: Transitional Justice in Democratizing Societies* (Alexandra Barahona de Brito *et al*. eds., 2001); Gary Jonathan Bass, *Stay The Hand of Vengeance: The Politics of War Crime Tribunals* (2000); Boraine, nota 59 *supra*; John Borneman, *Rule of Law, Justice and Accountability in Post-Socialist Europe* (1997); Hayner, nota 60 *supra*; Jennifer J. Llewellyn y Robert Howse, "Institutions for Restorative Justice: the South Africa Truth and Reconciliation Commission", 49 *U. Toronto L.J.* 355 (1999); Mahmood Mamdani, *When Victims Become Killers: Colonialism, Nativism, and the Genocide in Rwanda* (2001); A. James McAdams, *Judging the Past in Unified Germany* (2001); *The (Un)Rule of Law and The Underprivileged in Latin America* (Juan E. Méndez *et al*. eds., 1999); Martha Minow, *Between Vengeance and Forgiveness: Facing History after Genocide and Mass Violence* (1998); Mark Osiel, *Mass Atrocity, Collective Memory, and the Law* (1997); Popkin y Roht-Arriaza, nota 65 *supra*; Margaret Popkin, *Peace Without Justice: Obstacles to Building The Rule of Law in El Salvador* (2000); *Truth v. Justice: The Morality of Truth Commissions* (Robert I. Rotberg y Dennis Thompson eds., 2000); Desmond Impilo Tutu, *No Future Without Forgiveness* (1999); Richard A. Wilson, *The Politics of Truth and Reconciliation in South Africa: Legitimizing the Post-Apartheid State* (2001).

73 Hayner, nota 60 *supra*, ofrece un relato integral de las recientes comisiones de la verdad y un argumento a favor de la investigación; véase también Kritz, nota 3 *supra*.

74 Véase Popkin y Roht-Arriaza, nota 65 *supra*, p. 79; véase también Rotberg y Thompson, nota 72 *supra*. Por cierto, no necesariamente existe un conflicto entre la investigación y la justicia, tal como se refleja en la primera comisión de verdad, convocada durante la transición política argentina de 1983. Véase *Nunca Más*, nota 58 *supra*, Prefacio.

variedad de objetivos sociales de gran espectro pone en relieve muchas contradicciones y arriesga un probable mal uso de dicha retórica[75].

Aun cuando limitada, la justicia transicional en su segunda fase posibilitó una suerte de justicia de preservación. La respuesta de la fase II permitió la creación de un registro histórico y al mismo tiempo dejó abierta la posibilidad de acciones y resoluciones judiciales futuras. El énfasis en la preservación significó aceptar las restricciones existentes sobre la soberanía política asociada con la democratización moderna, la globalización de la fragmentación política y otras restricciones políticas en el núcleo de la justicia transicional contemporánea.

3.2. Canjeando justicia por paz

En la fase II emergió un discurso dinámico que yuxtapuso e incluso sacrificó el objetivo de la justicia por la meta más modesta de la paz[76]. Esta sección desarrolla ese discurso y reflexiona sobre su lugar en la genealogía, sobre todo en términos de su dinámica crítica con el modelo de justicia de la fase I. Esta sección, en última instancia, sostiene que el modelo de la fase II expandió la categoría de justicia transicional, con implicancias para su futura normalización[77].

Una teoría del perdón[78] y la reconciliación[79] está asociada con el modelo de la fase II. El proyecto de verdad y reconciliación extrajo la mayor parte de su discurso normativo desde fuera del derecho, especialmente desde la ética, la medicina y la teología[80]. Su propósito no

---

75 Respecto al argumento de que sí existe dicha obligación, véase Velásquez Rodríguez, Inter-Am. CHR 35, en 166, OEA/ser. L/V/III.19, doc. 13 (1988) ("[E]l Estado debe evitar, investigar y castigar toda violación de derechos reconocida por la convención y (...) restituir el derecho violado y entregar la indemnización que el hecho amerite"). Véase también *Torture Victim Protection Act*, 28 USC § 1350 (1992).

76 Véase Teitel, nota 1 *supra*, p. 51.

77 Véase el análisis *infra* en la Parte III.

78 Véase Tutu, nota 72 *supra*, p. 260; Minow, nota 72 *supra*; Jacques Derrida, *On Cosmopolitanism and Forgiveness* 55-59 (Mark Dooley y Michael Hughes trad., 2001).

79 Respecto a una justificación filosófica ponderada de la justicia restaurativa, véase Elizabeth Kiss, *Moral Ambitions Within and Beyond Political Constraints: Reflections on Restorative Justice*, en Rotberg y Thompson, note 72 *supra*, p. 68.

80 Para un análisis del giro hacia el lenguaje terapéutico, véase Minow, nota 72 *supra*, pp. 21-22; Kenneth Rothy Alison Desforges, "Justice or Therapy?", *Boston Rev.*, verano de 2002, disponible en http://bostonreview.mit.edu/BR27.3/rothdesforges.html. Un relato histórico del giro hacia el lenguaje moral y religioso aparece en nota 87 *infra*; Asmal *et al.*, nota 65 *supra*, p. 25.

era meramente la justicia, sino la paz, tanto para los individuos como para la sociedad como un todo[81]. El problema de la justicia transicional fue reconcebido a través de líneas morales y psicológicas para redefinir la identidad. La mezcla evidente de lenguaje legal, político y religioso, reflejó tanto la arrogancia como la limitación del derecho. La fase II tuvo sus raíces en la fase I y constituyó una respuesta crítica ante el proyecto más amplio de la justicia de la posguerra. Mientras en su primera fase el problema de la justicia transicional se enmarcó en términos de justicia *versus* amnistía, con la consideración de que la amnistía es una excepción respecto a la aplicación del Estado de derecho, la segunda fase adoptó una política más amplia a favor de la amnistía con miras a la reconciliación[82]. La excepción se generalizó y reflejó un intento explícito de incorporar a la ley tanto la clemencia como la gracia.

Tanto los activistas políticos como los académicos buscaron salirse de la política y la historia contingente para comprender el conflicto en términos universales y atemporales[83]. La fase II no resistió el ímpetu universalizador asociado con la fase I[84]. Hubo algo de la fase I en su despliegue de los derechos universales como parte de la estructura justificadora de la fase II. El tipo de derecho que se propició presenta un lenguaje universalizador acerca de los objetivos del perdón y la posibilidad de redención política[85]. Mientras el derecho, como se

81 Sobre los usos de la justicia para promover la paz, véase Teitel, nota 71 *supra*, pp. 177-93. La Comisión de Verdad y Reconciliación enfrentó “cuestiones cruciales de responsabilidad moral y política”. Asmal *et al.*, nota 65 *supra*, p. 25. Compárese Popkin y Roht-Arriaza, nota 65 *supra* (la verdad como vía hacia la paz), con Akhavan, nota 54 *supra* (los juicios como una vía hacia la paz). Véase Hayner, nota 60 *supra*, pp. 134-35 (donde se analizan los complejos resultados de la comisión de verdad para el propósito de la sanación individual).

82 Las amnistías se han otorgado mayoritariamente en conformidad con la legislación, como ha ocurrido en gran parte del Cono Sur en América Latina. Véase Teitel, nota 46 *supra*. Otras amnistías, como ha sucedido en Sudáfrica, se han abordado de manera individual, aunque siguen correspondiendo a un proyecto de amnistía transicional más amplio. Véase nota 59 *supra*.

83 Por ejemplo, ha habido una verdadera “explosión” editorial sobre el tema de la maldad. Véase, por ejemplo, Alan Badiou, *Ethics: An Essay on the Understanding of Evil* (2001); Susan Neiman, *Evil in Modern Thought: An Alternative History of Philosophy* (2002); John Kekes, *Facing Evil* (1990).

84 Véase Steiner y Alston, nota 11 *supra* (se realiza un análisis sobre Núremberg y la evolución del movimiento universal de derechos humanos); véase también Henkin, nota 38 *supra*.

85 Por cierto, este propósito se explicita en los informes de la Comisión de Verdad. Véase Teitel, nota 1 *supra*, pp. 69-72.

entiende convencionalmente, prácticamente desapareció, se dijo que el modelo alternativo tenía aplicación universal y se aseguraba que podría ser difundido en todo el mundo[86]. Considérese el grado en que se está exportando la justicia transicional en el paradigma de la posguerra fría como una religión secularizada y sin ley[87].

En la fase II hubo una aparente fusión del dominio de la ética, generalmente considerada pertinente para la esfera de lo privado más que para las decisiones públicas[88], y el dominio de la política. Esto fue el indicio del derrumbe e interconexión de la esfera pública y la esfera privada, un fenómeno asociado a la globalización[89]. Más aún, en la segunda fase, los actores políticos relevantes cambiaron desde aquellos con autoridad legal y política hacia aquellos con autoridad moral en la sociedad civil. Si bien en su primera fase la justicia se encontraba eminentemente en la esfera de acción del régimen sucesor y de los tribunales, en la segunda fase muchos de los actores y las instituciones relevantes estaban asentadas fuera del dominio del derecho y la política, e incluyeron iglesias, ONG y grupos defensores de los derechos humanos que incorporaron una amplia gama de alternativas en la resolución de conflictos[90].

Además, el modelo de la fase II adhirió apenas de manera endeble a los procesos legales convencionales. Esto se ilustró con el desplazamiento desde la sala de tribunales hacia la sala de audiencias públicas y el giro hacia testimonios confesionales discursivos. El lenguaje escogido tuvo implicancias jurídicas y políticas muy significativas. Un discurso ético-religioso introdujo una base moral a la justicia transicional. Sin embargo, el movimiento por la verdad y la reconciliación tendió a evitar juicios y, en cambio, apuntó a ir más allá de nociones legales de

86 Véase Boraine, nota 59 *supra*.

87 Acerca del vínculo entre la corrupción de la autoridad política y legal y el desplazamiento hacia la autoridad moral y religiosa, véase Boraine, nota 59 *supra*, pp. 340-78; véase también *Looking Back, Reaching Forward: Reflections on the Truth and Reconciliation Commission of South Africa* (Charles Villa-Vicencio y Wilhelm Verwoerd eds., 2000) (que analiza el carácter religioso de la Comisión de Verdad y Reconciliación de Sudáfrica).

88 En lo referente a los avances actuales más amplios hacia un discurso público con motivación ética, véase *The Turn to Ethics* (Marjorie B. Garber *et al*. eds., 2000); véase también Zygmunt Bauman, *Postmodern Ethics* (1993).

89 Véase David Held, *Global Transformations: Politics, Economics, and Culture* (1999); Ulrich Beck, *What is Globalization?* (Patrick Camiller trad., 2000).

90 Véanse notas 120, 123 *infra*.

culpa y responsabilidad. Contribuyó a una verdadera teología política[91], construyendo un discurso que incorporó imperativos morales y tuvo el potencial de poner en amenaza los parámetros del legítimo discurso político en Estados liberales, que concibe la esfera pública como un dominio de debate libre e informado[92]. No obstante, la comisión de la verdad se asoció también con una postura crítica ante la globalización, donde la percepción de un déficit democrático ha llevado a una búsqueda de un discurso legitimante y universalizador[93].

La evolución del discurso de la justicia transicional en la segunda fase hizo destacar una compleja interacción entre las dimensiones de lo universal, lo global y lo local. Mientras que, al enmarcar el problema en términos universalizadores de derechos humanos, la fase I sugiere una forma de justicia que está alejada de los intereses y necesidades de las sociedades, también la modalidad de la fase II asumió condiciones que no estaban formalmente presentes en muchos países, con resultados restaurativos frecuentemente dudosos. El examen retrospectivo de la genealogía ilumina las contingencias históricas y políticas presentes en las decisiones que se tomaron respecto de políticas específicas. También indica hasta qué punto el régimen jurídico de la fase II incorporó las ideas del Estado de derecho que se vinculan estrechamente a la legitimidad de las instituciones locales, enfrentando, así, los múltiples propósitos asociados con períodos de cambio político.

Las consideraciones políticas asociadas con la respuesta transicional, característica de la posguerra fría, son ilustrativas. Se decía que el objetivo de los planes de acción y lineamientos transicionales sería la meta de la paz, más que la democracia. El giro hacia estrategias alternativas, ya fuesen teológicas o terapéuticas, fue animado por el objetivo de la reconciliación que miraba hacia el futuro. El perdón se convirtió en la

---

91 En el tema de la teología política, véase Carl Schmitt, *Political Theology: Four Chapters on the Concept of Sovereignty* (George Schwab trad., 1985). Sobre la relación entre religión y violencia, véase Hent de Vries, *Religion and Violence: Philosophical Perspectives From Kant to Derrida* (2002); véase también Jacob Taubes, *Die Politische Theologie Des Paulus* (Aleida Assman *et al*. eds., 1993). En lo referente a argumentos relacionados, véase Hannah Arendt, *The Human Condition* 38-78 (U. Chi. Press 2.ª ed. 1998) (1958) (que explora las distinciones entre los ámbitos público y privado).

92 Véase Jürgen Habermas, *The Theory of Communicative Action: Reason and the Rationalization of Society* (1985).

93 La aparición de esta forma de discurso sobre la justicia transicional en este momento refleja su asociación con las políticas de globalización y los desafíos relacionados con la mantención de una esfera pública fuerte.

contrapartida de la petición política de disculpas[94], entendida como un acto de contrición en el dominio de las políticas de unidad[95]. Una gran variedad de mecanismos conciliatorios surgió en muchas sociedades en transición, con el ostensible propósito de estabilizar la situación política interna. Estas políticas se convirtieron en los signos de una época de restauración del Estado de derecho en la política global.

Sin embargo, este tipo de políticas de reconciliación puede perfectamente acarrear consecuencias negativas en el largo plazo. Por ejemplo, la incitación a llegar a acuerdos sobre los reclamos por actos del pasado puede tener ramificaciones conservadoras. Tal enfoque puede socavar reformas políticas más amplias[96] y en general puede que no ayude a echar las bases para el desarrollo de la democracia[97]. Además, dado que las respuestas discutidas aquí han implicado, en gran medida, decisiones políticas nacionales, estas comúnmente pasan por alto las causas estructurales de mayor escala asociadas al equilibrio bipolar del poder. El discurso de la fase II se renegociaba al mismo tiempo que se daba el debate sobre las reformas del proceso de globalización. Esto parece ser más que una coincidencia histórica. Aun cuando la disparidad entre ricos y pobres asociada con la economía del libre mercado ha crecido[98], el ímpetu ha sido recurrir en forma creciente al discurso de la

94 Un análisis de algunas de las implicaciones filosóficas y sociológicas del perdón aparece en Nicholas Tavuchis, *Mea Culpa: A Sociology of Apology and Reconciliation* (1993); véase también Jeffrie G. Murphy y Jean Hampton, *Forgiveness and Mercy* (1990); Michel Rolph-Trouillot, "Abortive Rituals: Historical Apologies in the Global Era", en *Interventions: Righting Wrongs, Rewriting History*, vol. 2(2), pp. 171-86 (H. Bhabha y R. S. Rajan eds., 2000).

95 En lo que atañe al papel del perdón en la esfera política, véase Arendt, nota 91 *supra*, pp. 236-43. Respecto a Sudáfrica, véase Boraine, nota 59 *supra*, pp. 340-78 (analiza la necesidad de "[e]nfrentar la responsabilidad colectiva"). Sobre el papel esperado de la Comisión de Verdad y Reconciliación de Sudáfrica, véase Asmal *et al.*, nota 65 *supra*, p. 143.

96 Compárese Robert Meister, *The Politics and Political Uses of Human Rights Discourse: A Conference on Rethinking Human Rights*, ponencia presentada en una conferencia en Columbia (nov. 8-9, 2001) (centrada en el efecto que el modelo tiene en el proyecto revolucionario y no en el proyecto de construcción de la democracia), con Jung y Shapiro, nota 97 *infra*.

97 En Sudáfrica, la política de reconciliación estaba asociada con la política de consociacionalismo. Véase *Constitución Política de Sudáfrica*. Cap. 15, n.° 251 (1993) (la disposición relativa a "Unidad y Reconciliación Nacional"); Courtney Jung y Ian Shapiro, "South Africa's Negotiated Transition: Democracy, Opposition, and the New Constitutional Order", 23 *Pol. & Soc.* 269 (1995).

98 Véase Joseph E. Stiglitz, *Globalization and Its Discontents* (2002) en lo referente a un análisis de las tensiones actuales en la globalización del mercado.

justicia transicional y a un proyecto que, hasta cierto punto, mira hacia el pasado y se limita a la restauración[99]. En el presente, el grado en que la justicia transicional ha desplazado a otros proyectos de justicia señala la presencia de expectativas políticas disminuidas como respuesta a los experimentos fallidos de un pasado no tan lejano.

3.3. La justicia transicional de *fin-de-siécle* y el transcurso del tiempo

Esta sección examina la justicia transicional a lo largo del tiempo. Explora hasta qué punto el discurso de la justicia transicional se ha tornado omnipresente en la política. Con procesos de justicia transicional demorados, el significado mismo de la categoría de la transición se ha expandido a lo largo del tiempo hasta convertirse en una persistente metáfora[100].

Los acontecimientos descritos más arriba tienen implicancias para el autoconocimiento histórico humano. Hacia finales del siglo XX, parecía que toda justicia se había vuelto transicional, *ex post*, y orientada hacia el pasado. Entre algunos de los teóricos del período, las dinámicas postsoviéticas y la ola de transiciones relacionadas con estas llevarían, como era esperado, a un proceso de estabilización política y, según Francis Fukuyama, "al fin de la historia"[101]. Otros teóricos sugirieron que el colapso comunista dejó pocas opciones políticas y, de ahí entonces, que la política era el pasado y todo lo que quedaba pertenecía a la historia. De esta manera, Jacques Derrida escribió sobre el marxismo como un fantasma en espera de su duelo[102]. Y si bien Derrida y Fukuyama compartían poco o nada en el ámbito de la política, ambos representaron a un amplio espectro de escritores políticos cuyos escritos, a finales del siglo, claramente relegaron a un mausoleo el tiempo en que la política involucraba un marcado proyecto revolucionario[103]. Sin embargo, estas

99 Un análisis de algunas de las contradicciones aparecen en Meister, nota 96 *supra*.

100 Respecto de la normalización de la justicia transicional, véanse Parte III(A) *infra* y notas 130-147.

101 Véase Francis Fukuyama, *El fin de la historia y el último hombre* (1992).

102 Véase Jacques Derrida, *Specters of Marx: the State of the Debt, the Work of Mourning, and the New International* (Espectros de Marx. El estado de la deuda, el trabajo del duelo y la nueva Internacional) (Pegg y Kamuf trad., 1994) (analiza lo que queda del marxismo tras la caída del comunismo).

103 No obstante, véase Eric Hobsbawm, *On the Edge of the New Century* 95-107 (Allan Cameron trad., Antonio Polito ed., 2000) (analiza los cambios en el significado de la discusión política de izquierda y derecha y particularmente la política "progresiva").

conclusiones que pronosticaban el fin de la historia o el final de la política parecían ciertamente fuera de lugar[104]. Los académicos actuales no han captado aún la dinámica predominante de la justicia transicional ni su nexo con los cambios políticos en curso.

El persistente discurso de los últimos años del siglo XX fue aquel de la justicia transicional. Actitudes que buscaban un cierre, asociado tanto con el fin del siglo como con el fin del milenio, reflejaron un sentido dominante de meta-transición. Al final del siglo, hubo un evidente aumento de situaciones de la permanencia de antiguas injusticias y de una justicia transicional pospuesta. Hubo persistentes llamados a pedir disculpas, realizar reparaciones, publicar memorias, y todo tipo de ajuste de cuentas relacionadas con crímenes y sufrimientos pasados[105]. Abundaron los ejemplos de demandas y arreglos, incluyendo aquellos relativos a patrimonios y propiedades perdidas durante la Segunda Guerra Mundial[106], reparaciones económicas por esclavitud[107] e incluso injusticias mucho más antiguas tales como las colonizaciones, la Inquisición y las Cruzadas[108].

104 Por cierto, existe una fragmentación y disgregación postsoviética manifiesta. En cuanto al argumento de que el mundo contemporáneo pareciera ser más violento actualmente, véase Ken Jowitt, *New World Disorder* (1992). Respecto del análisis del papel de la ley en circunstancias en que pareciera haber un conflicto perpetuo, véase Ruti Teitel, "Humanity's Law: Rule of Law in the New Global Politics", 35 *Cornell Int'l L.J.* 352 (2002).

105 Véase en general John Torpey, "Making Whole What Has Been Smashed: Reflections on Reparations", 73 *J. Mod. Hist.* 333, 334 (2001) (analiza la difusión global de la "política de reparación"); Sharon K. Homy Eric K. Yamamoto, Symposium, "Race and the Law at the Turn of the Century: Collective Memory, History, and Social Justice", 47 *UCLA. L. Rev.* 1747 (2000).

106 En lo referente al Holocausto como modelo estándar y globalizado, véase Torpey, nota 105 *supra*, pp. 338-42. Véase también Farmer-Paellmann v. Fleet Boston Financial Corp., n.° CV-02-1862 (EDNY, presentada el 26 de marzo de 2002); Anthony Sebok, "Prosaic Justice", *Legal Aff.*, sept.-oct., 2002, pp. 51-53; Anthony Sebok, *The Brooklyn Slavery Class Action: More than Just a Political Gambit* (9 de abril de 2002), en http://writ.news.findlaw.com/sebok/20020409.html (Findlaw's Legal Commentary); *When Sorry Isn't Enough: The Controversy over Apologies and Reparations for Human Injustice* (Roy L. Brooks ed., 1999).

107 Declaración de la Conferencia Mundial Contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y otras Intolerancias, Durban, Sudáfrica (31 de agosto al 8 de septiembre de 2001), en http://193.194.138.190/pdf/Durban.pdf.

108 Respecto de un análisis histórico, véase por ejemplo Elazar Barkan, *The Guilt of Nations: Restitution and Negotiating Historical Injustices* (2002); *Justice Delayed: The Records of the Japanese American Internment Cases* (Peter Irons ed., 1989); véase en general Eric Yamamoto *et al.*, *Race, Rights, and Reparation: Law and the Japanese American Internment* (2001).

Como lo ilustra la perspectiva genealógica, el interés en la búsqueda de la justicia no necesariamente declina con el transcurso del tiempo[109]. Esto puede que suceda porque la justicia transicional se relaciona con condiciones políticas excepcionales, donde el propio Estado está implicado en crímenes y entonces la búsqueda de la justicia necesariamente debe aguardar a que el régimen cambie. En años recientes, esto ha sido caracterizado por algunos como el "Efecto Scilingo", por una confesión entregada dos décadas después de que el régimen de las juntas militares acabó en Argentina. Esta confesión reabrió la cuestión de la justicia para los crímenes cometidos durante la guerra sucia[110]. La justicia transicional implica un tratamiento no lineal de la dimensión temporal. Este fenómeno se refleja en acciones legales que frecuentemente adoptan la forma de demandas y litigios postergados, para extender la esfera de acción de la justicia transicional hacia la litigación caso a caso[111]. En el ámbito internacional, este dilema se resolvió por medio de la adopción de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y los Crímenes de Lesa Humanidad, aunque esta no necesariamente resolvió las tensiones políticas concomitantes[112].

Existe una complicada relación entre justicia transicional, verdad e historia. En el discurso de la justicia transicional, volver a visitar el pasado es entendido como el modo de avanzar hacia el futuro[113]. Existe una noción implícita de una historia que progresa. Desde la perspectiva de la historiografía intelectual y autoentendimiento humano, esta noción está cuestionada[114]. Sin embargo, las transiciones son períodos atípicos

109 Compárese Jeremy Waldron, "Superseding Historic Injustice", 103 *Ethics* 4, n.1 (1992) (argumenta a favor de la "sucesión" de reclamaciones) con Teitel, nota 1 *supra*, pp. 138-39 (analiza la paradoja del paso del tiempo en lo que concierne a la justicia transicional, lo que generalmente involucra actos ilícitos por parte del Estado).

110 Véase Marguerite Feitlowitz, *A Lexicon of Terror* (1988) (analiza el "Efecto Scilingo" argentino en cuanto a demoras en la justicia).

111 Véase nota 124 *infra* (con respecto a los litigios relacionados con Pinochet).

112 Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad Res. A.G. 2391, UN GAOR, Sesión 23ra., Supp. n.° 18, p. 40, Doc. ONU A/7218 (1968).

113 Por cierto, esta idea aparece en toda la literatura de la comisión de verdad. En Sudáfrica se concebía el papel de la Comisión de Verdad y Reconciliación como un "puente" entre el pasado y el futuro. Véase Constitución Política de Sudáfrica, Cap. 15, n.° 251 (1993) (la disposición relativa a "Unidad y Reconciliación Nacional").

114 En su mayoría, dichas ideas de la historia están asociadas con proyectos perfeccionistas ya pasados de moda, tales como el marxismo. Respecto a presentaciones críticas

de quiebre que ofrecen una elección entre narrativas en disputa. El objetivo paradójico de la transición es deshacer la historia. La finalidad es reconcebir el significado social de conflictos pasados, en particular de las derrotas, en un intento por reconstruir sus efectos presentes y futuros[115].

Las transiciones presentan un dilema de determinación de mínimos. Por definición estas son épocas de disputas en torno a narrativas históricas. Así, las transiciones presentan el potencial para la creación de contra-historias. La pregunta vuelve a plantearse con el transcurso del tiempo, lo que subraya el desafío de permanecer en la historia así como el de los límites de la transformación. De hecho, la posibilidad de una mínima mejoría con frecuencia se enfrenta con una resistencia a trabajar dentro de parámetros históricos y políticos para hacer posible el cambio. La noción que debe elegirse un mínimo o límite después de una tragedia masiva aparece en trabajos principalmente orientados a la búsqueda de respuestas en relación con el Holocausto[116]. En este contexto, a menudo hay resistencia a la idea misma de transición, la cual podría plantear la posibilidad de cambios políticos. El problema apunta al modo como conviene seguir comprometido después de una catástrofe masiva, ya sea mediante dar testimonio, tomar acciones políticas o contribuir al cuerpo de conocimientos sobre el tema[117].

En la fase de la posguerra fría, la elaboración de la historia fue fundamental para construir una identidad política del Estado[118] y la tarea de controlar la construcción de una historia alternativa podía involucrar múltiples actores, incluyendo historiadores, abogados, periodistas y

posteriores, véase Walter Benjamin, "These son the Philosophy of History", en *Illuminations: Essays and Reflections*, pp. 253-64, 257 (Hannah Arendt ed., 1968) (se opone al pensamiento histórico progresivo); véase también Foucault, nota 7 *supra* (que distingue a la genealogía de la historia progresiva).

115 Sobre la idea de "avenirse con la historia" o "vergangenheits bewältigung", véase Marc Silberman, "Writing What - for Whom? 'Vergangenheits Gewältigung' in GDR Literature", 10 *German Stud. Rev.* 527, n.3 (1987); Richard Evans, "The New Nationalism and the Old History: Perspectives on the West German Historikerstreit", *59 J. of Mod. Hist.* 761, 785 n.4 (1987); véase también Gordon Craig, "The War of the German Historians", *N.Y. Rev. Books*, 15 de enero de 1987, 16-19; Charles Maier, *The Unmasterable Past* (1988).

116 Véase Jean Amery, *At the Mind's Limits: Contemplations by a Survivor on Auschwitz and its Realities* (Stella P. Rosenfeld y Sidney Rosenfeld trad., 1980).

117 Respecto al problema de la representación posterior al holocausto, especialmente en la literatura docta, véase por ejemplo *Probing the Limits of Representation: Nazism and the Final Solution* (Saul Friedlander ed., 1992).

118 Véase Teitel, nota 1 *supra*, pp. 77-92.

víctimas[119]. Esto puso de relieve el problema normativo de quién debería escribir la historia de la transición. En este sentido, la justicia transicional de la fase II se desplazó desde un proyecto que dependía del rol principal del Estado hacia un proceso que con frecuencia lo pasa por alto. La transferencia del poder del Estado reflejó las condiciones políticas más abiertas asociadas con las transiciones de posguerra fría y la globalización. Dado que los regímenes predecesores fueron frecuentemente implicados en crímenes, el disminuido rol de la autoridad política en la fase II consiguió evitar muchos de los dilemas asociados con el proyecto de justicia más ambicioso de la fase I.

Este contexto transformador aumentó la posibilidad de contar con varios caminos alternativos e incluso de justicia transicional, relacionados con arreglos a disputas de carácter internacional, transnacional, nacional e incluso de orden privado. En la fase II había una variedad de nuevos actores políticos[120] y una distintiva privatización de la respuesta transicional. La tendencia hacia la privatización tomó muchas formas, desde su transferencia a la sociedad civil hasta dejarla en manos de personas individuales por vía del litigio[121]. Estos procesos estuvieron parcialmente relacionados con la globalización y plantearon la cuestión de hasta qué punto había principios normativos disponibles que guiaran la toma de decisiones transicionales. La política de la fase II reflejó una lucha entre soluciones locales y globales, aun cuando la globalización aumentó las interconexiones entre distintas decisiones políticas. El examen genealógico, interdisciplinario y comparativo revela altamente divergentes concepciones del Estado de derecho[122], que a su

119 En lo referente al testimonio de las víctimas, véase Lawrence L. Langer, *Holocaust Testimonials: The Ruins of Memory* (1993); Minow, nota 73 *supra*.

120 Respecto al creciente protagonismo de las redes transnacionales, véase Martha Finnemore y Kathryn Sikkink, "International Norms Dynamic and Political Change", 52 *Int'l Org*. 887, 907 (1998); Margareth Keck y Kathryn Sikkink, *Activists Beyond Borders: Advocacy Networks in International Politics* (1998).

121 Esto se ve en la proliferación contemporánea de demandas contra las multinacionales. Véase "Developments in the Law-International Criminal Law: II. The Promises of International Prosecution", 114 *Harv. L. Rev.* 1957 (2001). Acerca del problema de la relación entre el Estado y la responsabilidad individual, véase *State Responsibility and the Individual: Reparations in Instances of Grave Violations of Human Rights* (Albrecht Randlezhofer y Christian Tomuschat eds., 1999); Guillermo A. O'Donnell, "Democracy, Law and Comparative Politics", 36 *Stud. Comp. Int'l Dev.* 7 (2001).

122 Mientras que el enfoque empleado en Estados Unidos tiende a delegar la solución de controversias a litigios tratados caso por caso, el enfoque europeo está orientado al

vez reflejan perspectivas legales y culturales diferentes[123]. Se planteó un profundo problema normativo en la interacción de justicia transicional, globalización y soberanía, es decir: si acaso y hasta qué punto la reacción frente a un agravio debería permanecer bajo el control del Estado donde la acción lesiva ocurrió. En la fase II, las acciones relacionadas con la justicia transicional fueron tomadas de modo cada vez más independiente de los actores estatales. Estas decisiones desestabilizaron determinaciones previas como bien lo ilustra el señero caso del proceso de extradición del general Augusto Pinochet[124]. Más aún, este caso demostró también la expansión de la justicia transicional a través del tiempo[125]. En un mundo que es cada vez más interdependiente en aspectos tan diversos como lo económico, lo tecnológico, lo político y lo jurídico, se ponen de manifiesto profundos problemas en la intersección de los principios de jurisdicción y soberanía. Dados los procesos de globalización en curso, es altamente probable que este fenómeno se acelere[126]. Esto parece presagiar una categoría de justicia transicional expandida.

La vinculación de la justicia transicional de la posguerra fría con una política de globalización refleja de manera aguda la dimensión constructivista de las políticas más limitadas de la fase II. Mientras la primera fase concibió al Estado de derecho en términos universalizadores asociados a la obligación de responder por acciones u omisiones lesivas para la humanidad, el modelo de la fase II, en cambio, se ocupó de hacer avanzar la idea opuesta de un Estado de derecho vinculado con la legitimidad de la jurisdicción nacional y soberanía de los países. Al restringir la esfera de investigación, la fase II reveló la concepción política que se correlacionaba a esta forma de justicia transicional, en particular en la medida en que se implicó a actores locales más que internacionales, y a aquellos que estaban

establecimiento de normas generales a través de la legislación. Para ver un análisis comparativo que ilustra el imperio de la ley transicional, véase Teitel, nota 1 *supra*.

123 Un ejemplo que ilustra estas diferencias en la justicia transicional son los litigios de posguerra, principalmente los relativos al Holocausto, lo que ha ocasionado una oposición a la supuesta exportación al extranjero del enfoque “americano” en lo referente al daño.

124 Véase Regina v. Bow St. Metro. Stipendiary Mag., ex parte Pinochet Ugarte (n.° 3) 1 A.C. 147 (2000).

125 Un análisis de la relación entre la justicia transicional y el paso del tiempo aparece en el texto *supra* que acompaña a la nota 109.

126 Comentarios sobre el potencial de una jurisdicción universal aparecen en la nota 138 *infra*; véase en general Human Rights Watch, *2001 World Report*, en http://www.hrw.org/wr2k1/index.html (última visita realizada el 13 de enero de 2003).

más bien abajo que arriba en los mandos de poder y de responsabilidad política. Esto fue un indicio de la fuerza constructiva de los postulados de la fase II y mostró también el grado en que el modelo de la fase II era susceptible a la politización y, a fin de cuentas, dependía de la promoción de valores alternativos, al margen de los derechos universales y la responsabilización por hechos indebidos que subyace al Estado de derecho.

En la medida que la segunda fase se distanció de las soluciones legales tradicionales, esta desafió la idea de que aún hubiese algún umbral o límite respecto de lo que es el Estado de derecho transicional[127]. Estos cambios ilustran las implicancias normativas de desplegar un discurso de justicia. Tal discurso puede influir en otorgar legitimidad a la respuesta en la medida en que se origina en un régimen sucesor, con credenciales democráticas, y al infundirle a la respuesta transicional la legalidad tradicionalmente asociada a los procedimientos judiciales[128]. Subsiste la pregunta de si acaso existe algún tipo de mínimo de la justicia transicional más allá del cual la indagación histórica, psicológica o religiosa debiese ser caracterizada como búsqueda de la justicia. Este examen genealógico sugiere que las reflexiones sobre esta materia no son actividades metafísicas, sino que deben ser entendidas en su contexto político e histórico. Aun así, hay fundamentos independientes para una crítica que influya en la naturaleza del discurso emergente y afecte la probabilidad de que este o bien apenas colabore con los objetivos inmediatos de la resolución de conflictos o bien, por otro lado, contribuya con los objetivos de la democracia, la reconstrucción de la nación, y el progreso de objetivos políticos liberales[129].

4. Fase III: el estado estable de la justicia transicional

4.1. Justicia transicional en todo momento

La presente fase puede ser caracterizada como la del estado estable y asentado de la justicia transicional. El discurso se trasladó ahora desde la periferia hasta el centro. Como se discutió más arriba, el nuevo milenio parece estar asociado con la expansión y normalización

127 Véase Teitel, nota 1 *supra*, pp. 213-28 (promueve un imperio de la ley explícitamente transicional que no es meramente simbólico).

128 Véase H. L. A. Hart, *The Concept of Law* (2.ª ed. 1997); véase también Henkin, nota 38 *supra*, pp. 31-41.

129 Sobre la evolución de la justicia transicional, véase Teitel, nota 1 *supra*, pp. 223-28.

de la justicia transicional. Aquello que era históricamente visto como un fenómeno legal asociado a condiciones post conflicto extraordinarias, ahora parece ser cada vez más un reflejo de tiempos normales. La guerra en tiempos de paz[130], la fragmentación política, Estados débiles, guerras pequeñas y el conflicto permanente, todas son características condiciones políticas contemporáneas[131]. Estos acontecimientos contemporáneos han estimulado el intento de lograr una normalización de la justicia transicional, conduciendo en última instancia a consecuencias ambivalentes. En su condición de una teoría asociada al cambio político permanente, la justicia transicional se relaciona con una politización más alta del derecho y también con un cierto grado de concesiones en los estándares del Estado de derecho.

El símbolo más reconocido de la normalización de la teoría transicional es el afianzamiento de la respuesta de la fase I en la forma del Tribunal Penal Internacional (TPI), la nueva institución internacional establecida a finales del siglo XX[132]. Este tribunal fue precedido por los tribunales criminales internacionales *ad hoc* convocados para responder a conflictos genocidas en los Balcanes y en Ruanda[133]. Medio siglo después de la Segunda Guerra Mundial, el TPI simboliza el afianzamiento del modelo de Núremberg: la creación de un tribunal internacional permanente designado para someter a proceso a autores de los crímenes de guerra, genocidio y crímenes contra la humanidad como una materia de rutina bajo el derecho internacional[134]. El estándar

130 Véase David Halberstam, *War in a Time of Peace: Bush, Clinton, and the Generals* (2001).

131 Un análisis más completo acerca de la ley y la política en el contexto político posterior al 11 de septiembre aparece en Teitel, nota 104 *supra*.

132 Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Doc. ONU A/CONF.183/9 (1998) reimpreso en 37 I.L.M. 999 (1998) [en adelante Estatuto de Roma].

133 Véase el Estatuto del Tribunal Internacional para el Procesamiento de Personas Responsables de Violaciones Graves a la Ley Humanitaria Internacional Cometidos en el Territorio de la Ex-Yugoslavia desde 1991, Doc. ONU S/25704/Anexos (1993); Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, UN SCOR, Ses. XLVIII, 3217 reunión., Doc. ONU S/RES/827 (1993), modificado por UN SCOR, Doc. ONU S/RES/1166 (1998); Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda, U.N. SCOR, Ses. XLIX, 3453 reunión, Doc. ONU S/RES/955 (1994), adjunto a Doc. ONU S/IN-F/50 (1996). Respecto al análisis de las expectativas de los tribunales penales internacionales *ad hoc*, véase Teitel, nota 71 *supra*. Un análisis de las limitaciones de estos tribunales aparece en Álvarez, nota 56 *supra* (examina los límites de los tribunales internacionales).

134 Véase Estatuto de Roma, nota 132 *supra,* Preámbulo, p. 1002 (afirma que "los crímenes de guerra más graves que preocupan a toda la comunidad internacional no deben quedar impunes").

global del Estado de derecho actualmente parece estar basado en una expansión del derecho de la guerra[135]. Sin duda, la vuelta atrás hacia el derecho internacional humanitario incorpora la compleja relación entre el individuo y el Estado como un modelo legal que permite a la comunidad internacional hacer valer la responsabilidad de los líderes de un régimen y condenar las políticas de persecución, incluso cuando ocurren fuera del Estado en cuestión[136]. Más aún, esta forma particular de justicia internacional ofrece el potencial de deslegitimación de un régimen, lo que puede apoyar e incluso incitar a una transición[137]. No obstante, hay también muchos dilemas y límites que surgen del giro hacia el derecho de la guerra en tiempos de relativa paz, así como por la preferencia por un sistema legal internacional. Emerge entonces una tensión dinámica entre la fragmentación propia de distintas sentencias y el potencial de jurisdicción universal asociado con la justicia transicional[138], y el intento de centralizar en el TPI la función de establecer responsabilidades[139].

---

135 Véase Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de Naciones Unidas sobre la Creación de una Corte Criminal Internacional, 17 de julio de 1998, Anexo 11, Doc. ONU A/CONF. 183/9, reimpreso en 37 ILM 999 (1998), disponible en http://www.un.org/icc.

136 Véase texto *supra* que acompaña las notas 27-28.

137 Véase Teitel, nota 71 *supra* (analiza el potencial normativo limitado de los tribunales externos); véase también Christopher Rudolph, "Constructing an Atrocities Regime: The Politics of War Crimes Tribunals", 55 *Int'l Org.* 655, 684-85 (2001). Por cierto, esto representa algo de la teoría para el juicio de Miloševic a la luz de las conclusiones a las que llegó la Comisión de Kosovo en cuanto a que la intervención de la OTAN en el conflicto fue "ilegal pero legítima". La Comisión Internacional Independiente para Kosovo y el Informe Kosovo (2001) están disponibles en http://www.kosovocommission.org.

138 Sin duda, es el legado de la fase 1 de la justicia de posguerra el que se amplía en el contexto globalizante, en el que la mayor interconectividad internacional permite procesar a los infractores independientemente de su rango o ciudadanía. Véase el *Programa de la Universidad de Princeton sobre Derechos y Asuntos Públicos*, los *Principios de la Universidad de Princeton sobre la Jurisdicción Universa*l (2001); Kenneth C. Randall, "Universal Jurisdiction under International Law", 66 *Tex. L. Rev.* 785 (1988). Respecto a los efectos de la jurisdicción universal, compárese Andrea Bianchi, "Immunity versus Human Rights: The Pinochet Case", 10 *Eur. J. Int'l L.* 237 (1999), con Curtis A. Bradley y Jack L. Goldsmith, "Pinochet and International Human Rights Litigation", 97 *Mich. L. Rev.* 2129 (1999).

139 En cuanto al posible papel del TPI y su interacción con la justicia transicional nacional, véase Leila Nadya Sadat y S. Richard Carden, "The New International Criminal Court: An Uneasy Revolution", 88 *Geo. L.J.* 381 (2000); Gwen K. Young, "Amnesty and Accountability", 35 *U.C. Davis L. Rev.* 427 (2002). En lo referente al punto relacionado al precedente Pinochet, véase Richard J. Wilson, "Prosecuting Pinochet: International Crimes in Spanish Domestic Law", *21 Hum. Rts. Q.* 927 (1999) (analiza las implicaciones de la universalidad).

La normalización de la justicia transicional actualmente toma la forma de la expansión del derecho de la guerra, como lo ilustra el incremento en la importancia del derecho humanitario[140]. Los acontecimientos contemporáneos implican una apropiación del discurso del derecho humanitario con un doble significado. El establecimiento del derecho humanitario como el Estado de derecho del presente restringe no solo la forma en que se conduce la guerra[141], sino que también parece expandir el sistema humanitario para responder a aspectos más amplios del derecho de la guerra, incluyendo la justificación de su posible iniciación. Más aún, el uso del sistema internacional humanitario para justificar la intervención de la OTAN en Kosovo parece haber establecido un precedente para expandir las bases legítimas para la intervención armada, específicamente, una base humanitaria para una guerra justa[142]. Un esquema jurídico en el que el derecho de la guerra forma la base de la justicia criminal internacional tiene resonancias más profundas y ofrece una estructura justificatoria más acabada. Ya sea unilateral o multilateralmente, el expandido derecho humanitario permite la identificación de fallas en la acción del Estado, pero también parece presionar para que el Estado cumpla con los derechos humanos. Esto demuestra el potencial para deslizarse desde una justicia transicional normalizada hacia la campaña en contra del terrorismo. El uso del derecho de los derechos humanos y el derecho de la guerra ha cambiado después del abandono de la teoría del Estado moderno a favor de la idea de un período de la globalización. La combinación contemporánea del derecho de los derechos humanos, el derecho penal y, el derecho internacional de guerra, implica una pronunciada pérdida para aquellos que buscaban desafiar la acción del Estado. A través del uso del modificado derecho de la guerra y la noción de hacer cumplir los derechos como una base para la intervención armada, el sistema humanitario expandido presenta nuevos dilemas para los derechos humanos que resaltan la tensión entre los objetivos de la justicia y la paz.

140 Mayores detalles de este acontecimiento se encuentran en Teitel, nota 104 *supra*.

141 Sobre la distinción entre *jus in bello* y *jus ad bello*, que ha dado origen al derecho humanitario moderno, véase *Studies and Essays on International Humanitarian Law and Red Cross Principles in Honour of Jean Pictet* (Christophe Swinarsky ed., 1984). Respecto al *jus ad bello*, véase Michael Walzer, *Just and Unjust Wars: A Moral Argument with Historical Illustrations* 21 (1977).

142 Véase Comisión Internacional Independiente para Kosovo, nota 137 *supra*.

Bajo el rótulo de “autodefensa preventiva”, se está adoptando un discurso de aparente guerra permanente, para legitimar la próxima etapa de la guerra contra el terrorismo[143]. Esta retórica intenta vaciar la distinción entre la guerra y la paz, y entre la ley y su excepción. La noción de justicia transicional permanente de la fase III es evidente en el despliegue del sistema humanitario, el que se ha expandido y fusionado con el derecho de los derechos humanos[144]. La apelación a un lenguaje de moralidad universal en el discurso legal humanitario guarda semejanza con los recientes desarrollos en la justicia transicional. La aparente normalización de la justicia transicional es también evidente en la capacidad para tolerar una mayor discreción política[145], la politización en los usos de la justicia, la aparición de procedimientos altamente irregulares y distanciamientos explícitos del derecho predominante[146], todo lo cual es justificado en términos humanitarios[147].

La expansión del discurso de la justicia transicional para incluir el problema del terrorismo se torna problemática por lo inadecuado de las analogías entre terrorismo y guerra o crisis política. La justicia transicional tiende a mirar hacia atrás para responder ante el último conflicto y, en consecuencia, no se adapta fácilmente para ser usada como una plantilla para garantizar seguridad en el futuro. Cualquier intento de generalizar livianamente a partir de situaciones excepcionales post conflicto para dar forma a determinadas políticas es extremadamente problemático.

Es difícil resistir la normalización de la justicia transicional. Hay una significativa pérdida en el vocabulario desde el cual hacer cualquier crítica, puesto que en el discurso expandido de la justicia

143 Véase Richard Tuck, *The Rights of War and Peace* 22-25 (1999) (analiza las justificaciones históricas para los ataques preventivos en la ley del imperio).

144 Respecto a esta evolución, véase Teitel, nota 104 *supra*.

145 Esto se aprecia en la falta de una definición exacta de “enemigo”, excepto en términos de la discrecionalidad ejecutiva. Véase *Detention, Treatment and Trial of Certain Non-Citizens in the War Against Terrorism*, en § 1(e), 66 Fed. Reg. 57,833, 57,834 (2001) (orden militar del 13 de noviembre de 2001).

146 Véase Duncan Kennedy, *A Critique of Adjudication* (1997). Compárese con el análisis de las características del imperio de la ley transicional, véase Teitel, nota 1 *supra*, pp. 11-26.

147 En cuanto al descenso general de apoyo al imperio de la ley durante este período, véase Ruti G. Teitel, “Empire’s Law: Foreign Relations by Presidential Fiat”, en *September 11th: Transformative Moment? Culture, Religion and Politics in an Age of Uncertainty* (Mary Dudziak ed., 2003).

transicional el derecho de la guerra se ha fusionado con el derecho de los derechos humanos. Solo el tiempo dirá, si acaso y hasta qué punto, estos acontecimientos presentarán un serio desafío al Estado de derecho o si bien están asociados con el presente ciclo de política contemporánea.

4.2. Justicia transicional: discontinuidad *versus* continuidad

La pregunta que nos queda, dadas las actuales tendencias en la normalización, es qué es lo que una perspectiva genealógica de la justicia transicional puede decirnos acerca de la concepción de justicia en tiempos normales y corrientes. ¿Hasta dónde existe la continuidad y hasta dónde la discontinuidad, tanto descriptivamente como normativamente? En años recientes este tema ha sido objeto de controversia, y ha desencadenado una prolífera producción de escritos académicos. Algunos académicos han desafiado cualquier conceptualización de las transiciones como algo excepcional en la vida política, afirmando que las aspiraciones durante períodos de transición deben formularse sobre la base de una teoría general del Estado de derecho[148].

El examen genealógico de este artículo sobre el fenómeno de la búsqueda de justicia transicional en períodos de cambio político sustancial sugiere que esto es una falsa dicotomía. Dos dimensiones políticas determinan qué es lo que significa Estado de derecho en períodos de transición: el contexto transicional, específicamente las circunstancias vinculadas con condiciones legales y políticas asociadas con períodos de cambio político y otros factores políticos, tales como el contexto local. Más allá de la concepción de transición, los factores locales también afectan la legitimidad de las respuestas o soluciones transicionales. Por tanto, la sola exportación de modelos ideales del Estado de derecho no otorga una guía de acción suficiente. Mientras no exista un claro límite entre períodos normales y períodos de transición, la búsqueda de justicia en períodos de transición se caracterizará por el Estado de derecho marcado por condiciones restrictivas del cambio político. El dilema central de la justicia transicional se relaciona con los temas recurrentes que, si bien no son *sui generis*, sí están asociados en gran medida con los factores legales y políticos que son comunes a períodos inestables de transformaciones

148 Véase Martin Krygier, *Transitional Questions about the Rule of Law: Why, What and How?*, presentado ante la Conferencia del Instituto de Estudios Centroeuropeos Avanzados, Budapest (L'Europe du Centre Est. EinewissenschaftlicheZeitschrift at Collegium Budapest) (15-17 de febrero de 2001); Dyzenhaus, nota 57 *supra*.

políticas liberalizadoras[149]. En la medida que estas condiciones políticas estén presentes en un régimen sucesor, las circunstancias presentarán desafíos al Estado de derecho que son peculiares o que surgen de modo más frecuente en el contexto de las transiciones. Por ello, mientras en un nivel abstracto pudiese ser deseable insistir en que los proyectos que persigan la justicia en tiempos de transición emulasen aquellos de las democracias liberales establecidas, esta exhortación será, a fin de cuentas, de muy poca ayuda normativa. No se puede esperar que la capacidad del Estado de derecho de sociedades en transición opere al mismo nivel que los Estados que tienen un aparato jurídico liberal consolidado.

Dependiendo de las condiciones políticas y legales existentes en la sociedad en cuestión, los períodos de transición se ubicarán en algún punto a lo largo del continuo del Estado de derecho de las democracias establecidas. Esta observación debiera tener implicancias en el intento por afianzar cualquier forma particular de Estado de derecho transicional. Hasta cierto punto, los dilemas de la justicia transicional en sus fases contemporáneas ponen de relieve temas que calzan en general con los esfuerzos para establecer el Estado de derecho en un mundo en proceso de globalización. Estos incluyen cómo moldear reformas legales y proyectos de justicia a la luz de una creciente interdependencia global, y hasta qué punto acomodar las estructuras locales a las fuerzas externas a la sociedad local[150].

5. Conclusión

Este artículo proporciona una genealogía de la justicia transicional que abarca la mitad del siglo pasado. La perspectiva de la genealogía sitúa la justicia transicional en un contexto político, alejándose de concepciones esencialistas y de esta manera iluminando la relación dinámica entre justicia transicional y la política a lo largo del tiempo.

La reflexión genealógica destaca la relación entre las condiciones jurídicas y políticas durante períodos de transformación política. Esta indagación indica que la justicia transicional, si bien es contingente a las condiciones y la cultura local, también muestra dimensiones comúnmente asociadas con períodos de cambio político.

149 Véase Teitel, nota 1 *supra*, pp. 11-18, 33-36.

150 Véase Stiglitz, nota 98 *supra*. Véase Tina Rosenberg donde aparece un análisis de los efectos de la globalización en el tercer mundo, “Globalization”, *N.Y. Times Mag.*, 18 de agosto de 2002, § 6, p. 28.

La mirada genealógica ofrece una necesaria panorámica sobre el duradero predominio del modelo de la posguerra en el campo de la justicia transicional. También ilumina el desplazamiento crítico, en la fase II, hacia enfoques locales y alternativos asociados con la reconstrucción de naciones y destaca la privatización e hibridización del derecho en dicha fase II, lo que también refleja tendencias de la globalización. El enfoque de la posguerra fría en torno a métodos alternativos para transformar la identidad política fue una estrategia que respondió críticamente a la tendencia del período post Segunda Guerra Mundial que buscaba internacionalizar e universalizar el Estado de derecho, pero esta estrategia también estaba cercanamente vinculada con la situación particular de política nacional en el momento inmediatamente posterior a la posguerra fría. El cambio fue entonces inevitable: aproximadamente quince años después del fin de la Guerra Fría, estamos siendo testigos de la normalización de la justicia transicional, como se ha visto en la actual expansión del derecho humanitario hacia contextos normales en tiempos de paz.

Finalmente, la justicia transicional es una parte importante de un desarrollo político más amplio en la historia internacional reciente. Así, en la fase I, la justicia transicional se apegó a la exigencia de hacer cumplir los derechos jurídicos asociados con los ideales liberales del Estado de derecho. Sin embargo, a medida que pasó el tiempo, esas suposiciones normativas fueron desafiadas y surgieron tendencias similares tanto en la justicia transicional, como en la más amplia discusión sobre el concepto de Estado de derecho. Del mismo modo que los desafíos posmodernos generalmente son más conducentes a generar críticas que estrategias prácticas[151], el modelo contemporáneo de justicia transicional, al distanciarse del discurso universalizador del Estado de derecho, representa una respuesta crítica limitada. El método genealógico no es la excepción a lo anterior: produce ciclos críticos continuos, en vez de una historia progresiva de la justicia transicional.

151 Acerca del postmodernismo como fuente de teoría crítica, compárese *Postmodernism and Social Theory: The Debate Over General Theory* (Steven Seidman y David G. Wagner eds., 1992) (analiza la crítica postmodernista) con Jacques Derrida, “Force of Law: Mystical Foundation of Authority”, 11 *Cardozo L. Rev.* 919 (1990).

LA NECESIDAD DE LA RECONSTRUCCIÓN MORAL TRAS VIOLACIONES DE DERECHOS HUMANOS COMETIDAS EN EL PASADO: UNA ENTREVISTA CON JOSÉ ZALAQUETT*

Naomi Roht-Arriaza

La siguiente entrevista con José Zalaquett, abogado chileno especializado en derechos humanos y profesor de Derecho de la Universidad de Chile, se llevó cabo en febrero de 1995 en la Universidad de California, en Berkeley. El señor Zalaquett es miembro de la Comisión Internacional de Juristas y ha sido miembro de la Junta Directiva de Amnistía Internacional. Fue asesor del presidente chileno Patricio Aylwin, y pieza clave en el diseño de las políticas para enfrentar las violaciones de derechos humanos cometidas por el régimen militar en ese país. Fue miembro de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación nombrada por el presidente Aylwin para investigar y dar a conocer el destino de las personas asesinadas o que fueron víctimas de desapariciones forzadas durante el Gobierno militar (1973-1989), y escribió la introducción a la edición en inglés del informe realizado por ella. Es autor de varios artículos sobre el trabajo de la Comisión y sobre asuntos políticos, morales y legales que surgen a raíz de las violaciones de los derechos humanos cometidas por regímenes pasados.

* Artículo publicado originalmente en Roht-Arriaza, Naomi. “The Need for Moral Reconstruction in the Wake of Past Human Rights Violations: An Interview with José Zalaquett”. *Human Rights in Political Transitions: Gettysburg to Bosnia*, Carla Hesse y Roberto Post (eds.), Zone Books, Nueva York, 1999. La traducción al español fue realizada por el Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

Naomi Roht-Arriaza: Chile es uno de los muchos países que ha tenido que enfrentar la existencia de violaciones de gran magnitud de los derechos humanos —asesinatos, desapariciones forzadas, tortura generalizada, encarcelamiento de disidentes— por parte de regímenes que ya no están en el poder. Los Gobiernos posteriores han asumido al respecto diversas posiciones. En algunos casos, como Brasil, no ha habido ninguna acción oficial y el problema aparentemente se ha dejado de lado[1]. En otros, se aprobaron amnistías poniendo fin a cualquier acción en contra de los autores de crímenes del pasado. Uruguay, por ejemplo, terminó aprobando una amnistía *de facto* para los militares. También se han intentado otras medidas[2]. En Argentina se creó una comisión para investigar el destino de los desaparecidos; asimismo, se enjuició y condenó a algunos oficiales militares de alto rango, sin perjuicio de que más tarde fueran perdonados[3]. En los países de Europa oriental se ha juzgado a algunos oficiales de Gobiernos anteriores, se han abierto archivos secretos, y se han aprobado las llamadas leyes de "lustration" o "depuración" para remover a los excolaboradores de la policía secreta de sus posiciones de influencia[4]. En El Salvador, Filipinas, Nepal, Sudáfrica

1 La Iglesia católica publicó en Brasil un documento donde se denuncian la tortura y otros crímenes cometidos por los militares. Véase Lawrence Weschler, *A Miracle, A Universe* (Nueva York: Pantheon, 1990). En diciembre de 1995, el presidente Fernando Enrique Cardoso promulgó una ley compensando a los familiares de 136 personas que desaparecieron durante el Gobierno militar. *Latin American Newsletter*, 14 de diciembre de 1995.

2 Véase Weschler, *A Miracle, A Universe* y Americas Watch, *Challenging Impunity: The Ley de Caducidad and the Referendum Campaign in Uruguay* (1989). En Uruguay los militares renunciaron al poder como parte de un acuerdo negociado que incluía promesas, al menos implícitas, de no enjuiciarlos. Después de que un gran número de demandas privadas fueron entabladas, el Gobierno presionó para que se aprobara una ley estableciendo el cierre de todos los casos pendientes y eximiendo a los militares de castigo alguno por actos cometidos durante el período *de facto*. Ante ello, grupos de ciudadanos indignados forzaron un referendo para derogar la ley de amnistía, la cual se mantuvo, por estrecho margen de votos, frente a amenazas implícitas de una mayor inestabilidad.

3 Véase Jaime Malamud-Goti, "Punishing Human Rights Abuses in Fledgling Democracies: The Case of Argentina", en Naomi Roht-Arriaza, *Impunity and Human Rights in International Law and Practice* (Nueva York: Oxford University Press, 1995), 160. En Etiopía se está enjuiciando a exoficiales del Gobierno de Menghistu. Roht-Arriaza, *Impunity*, 224-25; Bolivia y Corea del Sur también han realizado juicios a exdictadores.

4 En Alemania se ha enjuiciado a numerosos oficiales de alto rango de la República Democrática Alemana; en Hungría, Rumanía, Bulgaria y Polonia también se han anunciado o llevado a cabo juicios a exmilitares, policías y oficiales del Gobierno. Previa su disolución, en Checoslovaquia se dictaron leyes estableciendo que todo aquel

y Guatemala se han creado comisiones de la verdad con el fin de escribir la historia de las violaciones del pasado, identificar a las víctimas o sus autores, y hacer recomendaciones para que "Nunca Más" sea una realidad. En muchos de estos casos, la experiencia chilena se ha visto como un modelo más o menos exitoso en el manejo de dichos períodos de transición y rendición de cuentas. ¿Qué puede universalizarse de esta experiencia?

José Zalaquett: La experiencia chilena ejemplifica un problema general. Chile, como muchos de los países que usted menciona, ha atravesado por un período de completa ruptura de cualquier orden moral que merezca ser llamado así. La noción de "orden moral" u "orden justo" está en la base de las teorías de contrato social y del concepto de Estado de derecho. Esa noción da el sentido último a las instituciones democráticas. Las transgresiones a las leyes creadas por estas instituciones son, hasta cierto punto, esperables, sin que por ello se ponga necesariamente en peligro el orden moral subyacente. Por el contrario, movilizan sus defensas, en particular los mecanismos de la justicia criminal.

Cuando esta construcción se desmorona, el resultado no es simplemente un incremento estadístico en el crimen, sino algo completamente diferente. Las violaciones de los derechos humanos y otros crímenes cuya motivación sea política se convierten ahora en expresión del imperio de la fuerza y de la ausencia de un orden moral. Las situaciones pueden variar: es posible que haya una guerra civil; o el desmantelamiento de un Estado-nación donde hay enfrentamientos entre grupos étnicos o religiosos; o una toma del poder por parte de los militares; o que se produzca la "libanización" de un país. Si ha tenido lugar un desmoronamiento mayor, la pregunta es cómo restablecer los valores y el orden moral quebrantados. En casos como el de Sudáfrica, surge además otra pregunta: ¿cómo construir un orden justo cuando en el pasado reciente no ha existido ninguno?

Cuando uno piensa cómo enfrentar las violaciones de los derechos humanos como parte del proceso de construcción o reconstrucción moral, el primer modelo que viene a la mente, naturalmente, es el de la justicia criminal. Al fin y al cabo, se trata de crímenes atroces y en su mayoría masivos. Pero ese modelo está diseñado para hacer cumplir

que haya sido miembro de alto rango de partidos políticos no puede ser empleado para ciertos trabajos políticos o del Gobierno. Véase Kathleen Smith, "Decommunization after the 'Velvet Revolutions' in East Central Europe", en Roht-Arriaza, *Impunity*, 82.

un orden justo que ya existe, no, necesariamente, para reconstruir uno después de un período de destrucción. No estoy argumentando aquí que la justicia criminal es inútil en ese tipo de situaciones. De hecho, el enjuiciamiento de las violaciones de derechos humanos es uno de los principales elementos a ser considerado en el diseño de políticas durante un período de transición. Sin embargo, el verdadero desafío es adoptar, para cada situación específica, medidas que sean viables y que conduzcan al propósito de contribuir en la construcción o reconstrucción de un orden justo. Ciertamente los juicios y las condenas pueden jugar un papel importante, pero igualmente pueden cumplirlo el perdón y la reconciliación. Estas dos vías no son mutuamente excluyentes. A menudo lo que se necesita es una combinación de ambas.

Es frecuente encontrarse con el argumento acerca de la importancia de los juicios y las condenas, y más fácil comprenderlo[5]. Pero permítame hacer referencia al significado del perdón y la reconciliación como un posible componente político de peso en dichas situaciones. Las teorías sobre el perdón que se encuentran en las grandes corrientes de pensamiento religioso y en doctrinas milenarias sobre reconciliación enfatizan varios factores. Primero, el perdón ofrecido por la sociedad nunca es un acto aislado ni gratuito. El perdón es un mecanismo diseñado para restablecer el orden moral, para reafirmar la validez de la norma que ha sido violada. Segundo, la reconciliación requiere que quien obró mal admita sus actos o acepte lo que otros exponen al respecto, de manera que la verdad pueda ser conocida. Tercero, el malhechor no solo debe admitir su crimen, sino que además debe reconocer que obró mal. Así hace un acto de contrición o arrepentimiento por sus actos y resuelve no volver a cometerlos. Cuarto, debe compensar a quienes fueron agraviados.

Si concurren estos cuatro elementos, es como si la viga o columna del edificio moral de la comunidad que fue removida por el crimen, socavando toda su estructura, fuese restaurada por el mismo perpetrador.

En Chile se tuvo en cuenta hasta qué punto era apropiado y viable usar las medidas de castigo, así como las de reconciliación, como herramientas para avanzar en el objetivo de la reconstrucción moral de la nación. La piedra angular de esta política fue revelar la verdad sobre los crímenes cometidos en el pasado. Es así como la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, creada por el presidente Aylwin, y de la cual

5 Véase, por ejemplo, Diane Orentlicher, "Settling Accounts: The Duty to Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime", *Yale Law Journal* 100 (1991): 2537.

fui miembro, dio a conocer la verdad acerca de las violaciones que hasta entonces habían sido negadas, específicamente las desapariciones y los asesinatos políticos[6]. Hoy en día en Chile no hay discrepancias, entre personas razonables, sobre si hubo o no desapariciones. Esto no fue así en el pasado, cuando la sociedad chilena estaba muy dividida en relación con los hechos fundamentales de su historia más reciente. En la actualidad, las conclusiones de la Comisión son ampliamente aceptadas como verdaderas, por parte de todos los partidos políticos y sectores sociales de peso en el país. Las únicas instituciones que rechazan el informe son el Ejército, representado por Pinochet, y la Marina, aunque esta última ha tenido un ligero cambio de actitud desde entonces. Incluso la Fuerza Aérea y Carabineros han reconocido de manera indirecta la validez del informe. No solo dimos cuenta detallada de los casos investigados, sino que además diseñamos un mecanismo para que los casos aún pendientes pudiesen ser investigados por un organismo que sucediera a la Comisión cuyo mandato continúa hasta 1995.

No fue posible realizar un recuento individual de casos de tortura; tuvimos que referirnos a ella como un fenómeno general, en vez de caso a caso. Como explicamos en el informe, se estima que la mitad de las personas que fueron encarceladas por al menos veinticuatro horas, fueron torturadas o maltratadas, lo que se traduce en unos cien mil reclamos potenciales. Se trataba de crímenes cometidos quince o dieciséis años antes, y en la mayoría de los casos no habían quedado rastros. Un recuento individual, particularmente en lo que a compensación se refiere, hubiese sido imposible de manejar.

En relación con indemnizaciones por parte del Estado, también fuimos capaces de lograr avances considerables. Por ejemplo, se aprobó por ley el otorgamiento de pensiones, calculadas sobre la base del ingreso

6 La Comisión de Verdad y Reconciliación fue creada por decreto presidencial el 25 de abril de 1990. Estuvo compuesta por ocho miembros, incluyendo activistas de derechos humanos y juristas conectados con la derecha y el régimen militar. El mandato de la Comisión era "establecer un cuadro lo más completo posible sobre los graves hechos referidos (cometidos entre 1973 y 1989), sus antecedentes y circunstancias" y "reunir antecedentes que permitan identificar a sus víctimas y establecer su suerte o paradero". El informe reportó 2025 casos de víctimas fatales de violaciones de los derechos humanos cometidas por agentes del Estado; 90 víctimas fatales por cuenta de grupos violentos de oposición, y 164 casos, que involucran violencia política, que no pudieron ser atribuidos a ningún grupo. Véase José Zalaquett, "Balancing Ethical Imperatives and Political Constraints: the Dilemma of New Democracies Confronting Past Human Rights Violations", *Hastings Law Journal* 43 (1992): 1425; Jorge Mera, "Chile: Truth and Justice under the Democratic Government" en Roht-Arriaza, *Impunity*, 171.

promedio de una familia chilena, para todas las familias de las personas asesinadas o desaparecidas, así como becas para sus hijos. También se recomendaron algunas modificaciones legislativas y, aunque no todas se han implementado, muchas sí lo han sido. Hay una nueva ley sobre violencia contra la mujer y beneficios de salud para sobrevivientes de actos de tortura, además de la creación de un organismo sucesor de la Comisión para encontrar los restos de los desaparecidos[7]. El éxito del Gobierno en el impulso de ciertas reformas contribuyó a crear la opinión de que había asumido con seriedad el trabajo de la Comisión.

También se prestó mucha atención a la idea de reconocimiento de culpas. Aun cuando el propio Aylwin se opuso al Gobierno militar y ciertamente no tuvo relación alguna con la represión que se perpetró, al hacer público el informe de la Comisión a través de una cadena nacional de televisión, pidió perdón en nombre del Estado chileno por los crímenes cometidos. Luego envió una copia del informe a todos los familiares de las víctimas, acompañado por una carta personal. En general, el presidente Aylwin decidió revestir todo este proceso de un apropiado ritual. Ceremonias televisadas con cobertura nacional marcaron el establecimiento de la Comisión, la entrega del informe, y la comunicación de los resultados. Después de eso el informe fue noticia diaria en los periódicos, fue publicado *in extenso* en suplementos de estos mismos medios, y apareció también en forma de libro. Sin embargo, cuatro semanas después de su entrega, el asesinato de un senador de derecha lo sacó de las noticias de primera página, aunque hubiera dejado de estar en los titulares tarde o temprano. Hubo mucha difusión y debate sobre el informe a nivel de la comunidad: en iglesias, en encuentros anuales de asociaciones de profesionales, en las universidades y en otras instancias similares.

Adicionalmente, se otorgó gran atención a la importancia de los símbolos. En el cementerio se construyó un monumento con el nombre de todos los que fueron asesinados, llegando a ser este sitio un lugar de peregrinaje, lleno de ofrendas florales, algo semejante a lo que ocurre con el Vietnam Memorial, erigido en Washington D.C. Asimismo, se está construyendo un Parque por la Paz en conmemoración de aquellos que

7 Las recomendaciones de la Comisión con respecto al tema de las reparaciones llevó a la creación de la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, que estuvo a cargo de los programas de otorgamiento de beneficios a las familias de las víctimas así como a continuar con las investigaciones sobre el paradero de los desaparecidos. Ley 19.123 (8 de febrero de 1992).

murieron. También propusimos otras medidas de carácter simbólico, no todas las cuales se llevaron a cabo, aunque se hizo bastante.

Para recapitular, después de un importante derrumbe del orden moral existente, este debe ser reconstruido. Asumiendo que el proceso es genuino, se debe buscar un alto grado de perdón y magnanimidad. El proceso es genuino si las personas dicen la verdad, si la reconocen, y luego expresan arrepentimiento y reparan el daño provocado. Después de realizar estos pasos, las comunidades o sectores sociales que se han agraviado entre sí, sea en una guerra civil u otras graves situaciones, pueden reconciliarse y continuar viviendo como una misma nación. Esa es la teoría.

Sin embargo, los crímenes contra la humanidad no caben dentro de esta teoría. La Segunda Guerra Mundial, y la conciencia sobre lo que la enormidad de los crímenes contra la humanidad puede significar[8], trajeron consigo un cambio cualitativo: transformaron el antiguo debate sobre si la retribución o la disuasión deben servir de justificación a las penas, transcendiendo ambos conceptos. Por una parte, nadie que yo conozca que se adhiera a la idea de una justificación de la pena basada en la prevención (yo me inclino más por esta idea) acepta el argumento de que si es útil para la sociedad perdonar a alguien que ha cometido un crimen en contra de la humanidad, este debe ser perdonado. No hay elección posible cuando se trata de crímenes contra la humanidad; no hay necesidad de calcular si el castigo puede, en los hechos, cumplir un papel preventivo o no, porque en estos casos se presume que la punición de tales crímenes es una actuación preventiva indispensable. Esto fue cincelado sobre mármol, grabado en la conciencia de la humanidad, después de la

8 El Estatuto del Tribunal de Núremberg define crímenes contra la humanidad como: asesinato, exterminio, esclavitud, deportación, u otras acciones inhumanas cometidas contra una población civil, antes de o durante una guerra; y la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos durante la ejecución o en conexión con cualquier crimen dentro de la jurisdicción del Tribunal, sean o no una violación de la legislación propia del país donde hubieran sido perpetrados. Estatuto del Tribunal Militar Internacional, anexado al Acuerdo de Londres para el Procesamiento y Castigo de los principales Criminales Guerra del Eje Europeo, del 8 de agosto de 1945, artículo 6(c), 59 Stat. 1544, 47, EAS n.° 472, 82 UNTS 279, 288.
Así, esos crímenes necesitan al mismo tiempo una víctima colectiva (población civil) y algún elemento de acción estatal en alguno de los aspectos específicos. Sin embargo, no requieren, de acuerdo con muchos académicos, un vínculo con la guerra. Véase, por ejemplo, Roger Clark, "Codification of the Principles of the Nuremberg Trial and the Subsequent Development of International Law", en *The Nuremberg Trial and International Law*, George Ginsburg y V.N. Kudriavtsev, eds. (Dordrecht y Boston: M. Nijhoff, 1990), 195-97.

Segunda Guerra Mundial. Por otra parte, aquellos partidarios de las teorías retributivas del castigo no exigen que todos los involucrados, a cualquier nivel, en la comisión o en la instigación a cometer un crimen contra la humanidad, reciban su justo castigo. En algunos casos, la sola cantidad de personas que debieran ser castigadas haría imposible semejante tarea. Así que estas justificaciones —retribución, disuasión— no se aplican bien a crímenes contra la humanidad. Estos delitos también constituyen una excepción a una teoría más general sobre el perdón, porque hay un compromiso formal por parte de la comunidad de naciones, que exige que los crímenes contra la humanidad sean castigados.

Esta observación nos remonta al caso de Sudáfrica. ¿Cometió el régimen sudafricano crímenes contra la humanidad? El *apartheid* fue declarado un crimen contra la humanidad bajo el derecho internacional. Conceptualmente, conferir a un sistema —en vez de a actos u omisiones específicas—el calificativo de crimen, puede tener un importante significado simbólico pero da lugar a serios problemas de carácter legal y práctico. Así, la comunidad sudafricana no está demandando que todo aquel involucrado en la práctica del *apartheid* o que haya apoyado sus políticas —desde quienes diseñaron el sistema, hasta cualquier persona con poder de decisión en la policía o en el Gobierno— sea juzgado por crímenes contra la humanidad. Sería imposible, y no tendría sentido alguno.

Por el contrario, los sudafricanos se han concentrado en los actos que el sistema legal del propio *apartheid* consideró crímenes: asesinatos de personas detenidas, asesinatos en el extranjero, y así sucesivamente. Estos pueden no ser considerados crímenes contra la humanidad, pero de hecho son crímenes atroces. Con todo, no están fuera del alcance de las medidas de perdón. El Gobierno procura que se reconozcan esos crímenes por parte de sus perpetradores, y no se ofrecerá amnistía, a menos que los responsables digan toda la verdad sobre ellos. Se está buscando que se responsabilicen individualmente de estas acciones y que reconozcan que efectivamente cometieron un crimen. Por ejemplo, quieren que se admita que Steven Biko no se cayó en el suelo de su celda y murió como consecuencia de un golpe en la cabeza[9]. Se procura obtener un reconocimiento individual solo acerca de los crímenes cometidos bajo ocultamiento, porque los otros —los que consistían en mantener

9 Steven Biko, líder del Movimiento Conciencia Negra, fue arrestado y asesinado en su celda en 1976. Su muerte se convirtió en un símbolo internacional de la brutalidad de la policía sudafricana.

y sostener el sistema de *apartheid*— fueron cometidos abiertamente. Todos saben que la policía arrestaba a cualquiera que anduviese tomado de la mano con una persona de diferente color. Eso se sabe, así que el problema no es conocer lo ocurrido sino que se declare que esa conducta fue incorrecta.

En cuanto al *apartheid* mismo, que fue en realidad la gran perversión sobre la que se basó todo el orden inmoral, se pide un mayor reconocimiento. Como mínimo se espera que el Partido Nacional (National Party) —el partido del *apartheid*— declare públicamente que no es que el *apartheid* haya perdurado más allá de su utilidad, sino que fue maligno desde sus comienzos. Aquí no estamos en el ámbito del castigo; estamos en el ámbito del discurso moral, la reconstrucción y el desagravio. Si la minoría blanca no reconoce públicamente la inmoralidad del *apartheid*, nunca va a haber una sensación completa de superación del pasado. Lo tiene que decir.

Naomi Roht-Arriaza: Hay dos maneras de ver el asunto del desagravio o de la aceptación. Una es el reconocimiento sincero y de corazón de que se actuó mal, que se estaba cometiendo un error al pensar que las acciones estaban justificadas, etc. Pero es posible interpretar la propuesta de Sudáfrica en el sentido de que incluye la posibilidad de otorgar la amnistía como parte de la labor de la Comisión de Verdad, simplemente como una estrategia muy práctica de establecer un trato, un intercambio de información por inmunidad. Bajo este acuerdo, la Comisión de Verdad de Sudáfrica atenderá solicitudes de amnistía de los miembros de la policía, fuerzas armadas o fuerzas liberadoras que se acerquen para dar detalles acerca de los crímenes respecto de los cuales están demandando la amnistía. Después se harán públicos los crímenes que fueron amnistiados así como los nombres de quienes recibieron la amnistía[10]. Pero este tipo de negociación no tiene la misma calidad moral que sí tiene lo que usted ha venido diciendo.

10 El Parlamento sudafricano aprobó la ley autorizando la creación de una Comisión de Verdad y Reconciliación el día 17 de mayo de 1995. La Comisión se compone de diecisiete miembros nombrados por el presidente luego de un acuerdo con los partidos políticos. Deberá preparar un informe sobre violaciones de los derechos humanos en el pasado, otorgar reparación a las víctimas o sus sobrevivientes, y decretar amnistías individuales por crímenes políticos cometidos antes del 6 de diciembre de 1993. La fecha límite resultó ser anterior a aquella deseada por algunos partidos de derecha. La Comisión ha realizado cientos de audiencias a lo largo de toda Sudáfrica. Véase Jeremy Sarkin, “The Trial and Tribulation of South Africa’s Truth and Reconciliation Commission”, *South African Journal on Human Rights* (1996):617.

José Zalaquett: No, claro que no. Pero aun si una persona da un paso adelante y admite un crimen, declara que está arrepentida y pide ser perdonada, no hay forma de que la ley, las instituciones administrativas o el público puedan mirar dentro del alma de esa persona y descubrir si su arrepentimiento es genuino. Puede ser que el perpetrador haya adquirido un sentido moral por sí mismo y se haya convertido, o que no lo haya hecho, pero se ha resignado a demostrar con evidencia externa que sí lo ha adquirido. La sociedad, la ley, y el proceso de reconciliación deben conformarse con ello, porque al menos ha habido una expresión pública de arrepentimiento. Según esa lógica, el castigo es el mecanismo que la comunidad utiliza para someter la rebeldía o el deliberado desprecio de un perpetrador que no está dispuesto a restablecer por sí mismo los valores que fueron violados. Es así como al mismo tiempo que uno demanda el arrepentimiento voluntario por parte del perpetrador, puede también torcerle el brazo, si es necesario, para doblegar su contumacia, amenazándolo con negar la amnistía si persiste en su terquedad. ¡La naturaleza de la realidad es muy impura en todas partes! Pero ese es el camino por donde tenemos que transitar.

Esto es un ejercicio de optimización. Puede verse de manera fría y calculadora, como cuando se maximizan ganancias. Pero en política y aquí cito a mi muy querido Max Weber, la "ética de la responsabilidad" es el único enfoque posible. Nunca se debe insultar a Weber interpretando su frase como una justificación del retardo, la negligencia o la cobardía. Él fue un hombre de mucho coraje y, asimismo, exige coraje a los demás. Uno siempre debe ser consciente de las consecuencias de sus propias acciones, porque con una mera retórica de lo justo o lo correcto puede terminar dejando a su pueblo y nación en peores condiciones que como estaba en un comienzo. Es necesario reconocer las limitaciones, pero no se debe creer que estas son inmutables. Las situaciones siempre son elásticas, flexibles, dinámicas. Nunca sabemos qué va a pasar mañana. Pero, aun así, hay límites. Si no se reconocen, es como no aceptar las leyes de gravedad; uno puede terminar estrellando el avión.

En Chile, comenzar por revelar la verdad sobre el pasado abrió las puertas a más posibilidades de enjuiciamientos. Este asunto de la optimización fue debatido muy seriamente. Cuando el Gobierno de Aylwin asumió el poder, había limitaciones en cuanto a lo que se podía hacer en el área de la justicia criminal. La ley de amnistía cubría los crímenes cometidos entre 1973 y 1978, incluyendo algunos, como las desapariciones, que pueden ser considerados crímenes contra la humanidad. Este era

el problema con la ley de amnistía, porque, de acuerdo con el derecho internacional, los crímenes contra la humanidad no pueden ser amnistiados[11]. Pero la amnistía era también ilegítima incluso para otros crímenes, porque era autoimpuesta, y las amnistías diseñadas para perdonar a aquellos que las imponen contrarían el principio legal que dicta que nadie puede beneficiarse de su propia mala fe[12].

Si bien las amnistías pueden ser legítimas, las autoimpuestas no lo son. Para ser legítimas deben ser aprobadas a través de mecanismos que expresen la voluntad de la población: a través del Congreso o Parlamento, o a través de un referendo. En casos excepcionales, el deseo de la nación puede expresarse de manera implícita mediante su comportamiento, como sucedió en España y Brasil[13]. El otorgamiento de amnistías puede ser también un problema cuando los crímenes fueron cometidos contra una minoría, y la mayoría aprueba la amnistía mediante un referendo. Así, por ejemplo, una amnistía autoimpuesta y aprobada por una mayoría de iraquíes por los crímenes cometidos contra los kurdos sería completamente ilegítima. La amnistía debe ser aprobada por las comunidades que tienen que vivir con las consecuencias de dicha decisión; deben reflejar la voluntad de un pueblo para superar el pasado. Finalmente, las amnistías deben ser aprobadas tras un pleno conocimiento de la verdad. La amnistía autoimpuesta en Chile fue diseñada para ocultar la verdad en vez de revelarla.

Aun cuando la amnistía en Chile era problemática por todas estas razones, no podía ser derogada porque no teníamos los votos suficientes en el Congreso. El Gobierno pudo haberlo intentado, pero era consciente de que ante un fracaso, que era seguro, se debilitaría su posición política, impidiendo el desarrollo de otras iniciativas. Perseguir o no una derrota testimonial se transformó en una cuestión que debía ser manejada con tacto y prudencia política. El presidente Aylwin decidió que no debía jugar con respecto a este asunto, y que una derrota en el Congreso hubiera debilitado su capacidad para lograr otras cosas.

11 Véase Orentlicher, "Settling Accounts: The Duty to Prosecute in International Law", 2537, 2588-96; Roht-Arriaza, *Impunity*, 57-62.

12 Véase Roht-Arriaza, *Impunity*, 57-58.

13 Véase Zalaquett, "Balancing Ethical Imperatives", y Zalaquett, "Confronting Human Rights Violations Committed by Former Governments: Applicable Principles and Political Constraints", *Hamline Law Review* 13 (1990): 623.

Otra opción, que yo apoyaba pero que no se llevó a cabo, era que el Congreso aprobara una especie de resolución declarando que la amnistía era ilegítima. Aun cuando hubiera carecido de fuerza legal, semejante declaración habría dejado establecido una importante cuestión de principios. Aylwin decidió otro curso de acción. Envió el informe de la Comisión de Verdad y Reconciliación a la Corte Suprema de Chile con una carta oficial indicando que él creía que la amnistía no debía impedir a los tribunales investigar qué había sucedido en los casos mencionados por el informe.

Actualmente, los jueces pueden continuar investigando esos casos, porque todo lo que se conoce es que algunas personas fueron detenidas, pero no se sabe con certeza si fueron posteriormente asesinadas y cuándo. Si fueron asesinadas durante el período de la amnistía, como efectivamente sucedió con la mayoría de las víctimas, entonces los autores podrían ser amnistiados. Pero si las víctimas continuaron detenidas después de ese período y fueron asesinadas más tarde, esos crímenes no serían cubiertos por la amnistía. Las investigaciones y citaciones de testigos a declarar tienen que continuar hasta que los jueces puedan establecer las circunstancias de las detenciones u homicidios. Si los soldados u oficiales admiten que cometieron un homicidio, podrían ser amnistiados, suponiendo que el hecho haya sido perpetrado durante el período establecido. Pero los militares no querían ninguna de las dos cosas: ni castigo, ni pasar por la vergüenza de reconocer su responsabilidad.

Se ha sometido a proceso un número de casos que no calzaban dentro de los plazos de la amnistía. Además, en aquellos que sí caían dentro de esos plazos, se han continuado las investigaciones y se ha llamado a muchos militares a prestar declaraciones. Pienso que esto se debió en gran parte a la decisión de empezar el proceso procurando revelar la verdad. La lógica era que si se comenzaba exponiendo toda la verdad, con el tiempo se crearía un ambiente que haría posible que hubiera más acción de la justicia. Eso es lo que pasó en algunos casos[14],

14 Estos incluyen el caso *Degollados*, un caso que involucró el secuestro, tortura y asesinato en 1985 de tres miembros del Partido Comunista, cuyos cuerpos fueron encontrados a las afueras de Santiago, degollados. Tres exoficiales de la policía fueron condenados a cadena perpetua, y otros tres recibieron penas más cortas por los asesinatos. Véase "Chile Court Raises Cut-throat Sentences to Life", *Reuters,* 30 de septiembre de 1994. En 1986 se presentó otro caso, *Quemados*, en el que dos jóvenes fueron empapados en gasolina e incinerados a manos de soldados. Uno sobrevivió. Eventualmente los soldados fueron condenados, aunque la Corte tuvo dudas en cuanto a si hubo malicia o más bien negligencia grave.

incluyendo las condenas al general Contreras, jefe de la policía secreta entre 1973 y 1977, y su segundo al mando, por la autoría intelectual del asesinato del exministro de Relaciones Exteriores, Orlando Letelier y una colega suya[15].

En varios casos hubo un surgimiento de celo judicial, debido en parte a que algunos jueces cambiaron su forma de ver las cosas, pero también a causa de que otros entendieron que su futura carrera profesional dependía de nominaciones del Gobierno democrático. Asimismo, en la Corte Suprema, el número de personas nombradas por el Gobierno civil se ha incrementado luego de la jubilación o fallecimiento de algunos de los jueces. Sin embargo, durante el régimen militar la mayoría de la Corte Suprema se inclinó hacia la inacción judicial y la complicidad y no va a estar muy dispuesta a reinterpretar la ley de amnistía[16].

Finalmente, en mayo de 1994, a menos de un año de que el Gobierno de Aylwin llegara a su término, algunos jueces citaron a militares a testificar en casos sobre hechos anteriores a 1977, período cubierto por la amnistía. Esto molestó mucho a los militares, quienes en señal de protesta hicieron un despliegue de fuerza frente al palacio presidencial vestidos con uniforme de campaña, lo cual fue reportado por los periodistas de manera exagerada y alarmante. El presidente Aylwin no estaba en el país y algunos de los ministros comenzaron a sugerir que las investigaciones debían restringirse. Esto hubiera echado por tierra la base moral de las políticas de Aylwin. Lo más importante era plantear una política que fuese viable, aun cuando fuera menos ambiciosa de lo que muchos hubiesen deseado; y luego mantener dicha posición a fin de ofrecer sostenibilidad,

15 Orlando Letelier y su colega, Ronni Moffit, fueron asesinados en 1976 con un carro bomba en Washington D.C. Después de que los Estados Unidos amenazaran con interrumpir toda ayuda a Chile, el caso *Letelier* fue exceptuado de la ley de amnistía. Véase Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 128 (1978). OEA/ser. L/V/II.47, doc. 13 rev. 1 (1979). Estados Unidos ejerció presión para que se enjuiciara a los responsables y se compensara a las familias de las víctimas. En 1992, el Gobierno chileno aceptó pagar $2.6 millones en compensación a las familias. Véase Bárbara Crossette, “$2.6 Million Awarded Families in Letelier Case”, *New York Times*, 13 de enero de 1992, p.A11.El 12 de noviembre de 1993, el juez Bañados, de la Corte Suprema de Chile, dictó sentencia en contra de Contreras y del brigadier general Pedro Espinoza por siete y seis años, respectivamente. Don Podesta, “Two Generals Convicted in Killings of Letelier; Chileans to be Jailed for Washington Murder”, *Washington Post*, 13 de noviembre de 1993, p. A19.

16 En 1990, la Corte Suprema chilena confirmó la ley de amnistía aun en contra de los argumentos presentados por las leyes nacionales e internacionales. Caso *Insunza Bascuñán*, 24 de agosto de 1990. *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*, 87, n.° 2 (mayo-agosto, 1990): 64-86.

continuidad y dejar en una posición fuerte al próximo Gobierno. Puede haber sido una política imperfecta, pero era importante que Aylwin no se echara para atrás ni rompiera sus promesas.

Hacia el final de su mandato, el presidente Aylwin ofreció una solución. Propuso algunas reformas legales para acelerar las investigaciones a cambio de que los militares, como institución, reconocieran que habían asesinado a las personas que estaban desaparecidas, además de dar información sobre el paradero de sus restos. Esto habría puesto fin a las investigaciones, pero el reconocimiento de responsabilidad y la obtención de información respecto del paradero de los cuerpos hubiera traído cierto alivio a los familiares de las víctimas. Sin embargo, los militares nunca se allanaron a aceptar una oferta de cierre, en esos términos[17].

Naomi Roht-Arriaza: ¿Cómo habría funcionado ese reconocimiento y por qué habría sido importante? Dado que el Ejército nunca ha reconocido que hicieron mal y de hecho continúan insistiendo que sus acciones estaban completamente justificadas, este reconocimiento no habría sido una forma sincera de aceptación y reparación. Se habría estado imponiendo un reconocimiento falso.

José Zalaquett: El reconocimiento es un elemento clave en el proceso de reconstrucción moral. Y, sí, se están imponiendo valores cuando se obliga a las personas a actuar públicamente de cierta manera. Por ejemplo, si el Ejército chileno hubiera reconocido sus crímenes, el vocero de la institución habría aparecido para anunciar que tenía algo que leer a la prensa. Probablemente, habría señalado que el Ejército salvó a la nación del comunismo añadiendo que para tal logro se usaron métodos inaceptables. Habría leído algo así como: “El Ejército cree que nunca debió haber hecho estas cosas”. El vocero probablemente habría dicho todo esto muy a pesar suyo. Su reconocimiento no habría sido necesariamente sincero, sino algo impuesto. Pero en el proceso de reconstrucción moral, el reconocimiento institucional por parte del Ejército habría sido mucho más importante que el castigo de diez o quince oficiales de entre cientos de

17 En mayo de 1995, por primera vez en la historia reciente de América Latina, un general argentino admitió que las fuerzas armadas estuvieron equivocadas al participar en actos de tortura, muerte y desaparición de treinta mil prisioneros políticos durante la “guerra sucia” en ese país. El general Martín Balza declaró en televisión nacional que “el fin no justifica los medios” y que los militares no pueden ser excusados con la justificación de haber actuado bajo órdenes. Formuló estas declaraciones después de meses de revelaciones donde oficiales de bajo rango confesaron haber arrojado prisioneros desde aviones. Véase Isabel Vincent, “The Military Murderers of Latin America”, *San Francisco Examiner*, 19 de mayo de 1995, p. A23.

ellos, pues los soldados condenados habrían salido libres más temprano que tarde y no necesariamente arrepentidos. Pero el Ejército nunca eligió el camino del reconocimiento de su responsabilidad.

Idealmente, los autores de crímenes deben entender y aceptar el código moral bajo el cual son condenados. Este ideal surge de la teoría del perdón, pero muy pocas veces sucede en la práctica. Hay muchas instituciones, en la ley y en la moral, que se basan en un ideal aunque en los hechos rara vez se cumpla. Todo el mundo viola los mandamientos que Moisés trajo del monte Sinaí cuatro mil años atrás, y aun así insistimos en ellos como un estándar moral. Esa es una tensión importante. Muchas personas se pasan los semáforos en rojo, pero no por ello se deroga la ley de tránsito.

En Chile es importante partir de la teoría de la reconstrucción de valores. Los cimientos mismos del orden legal fueron rotos o resquebrajados. Esos cimientos debían ser restaurados y ello se podía realizar de diferentes maneras. Algunos actores políticos o sociales podrán experimentar un genuino cambio de actitud y de manera sincera declararán su adhesión a los valores que previamente transgredieron o cuya violación permitieron. Otros, quizá sin sinceridad, se acomodarán al cambio de clima político admitiendo que actuaron mal. Incluso, habrá otros líderes políticos y militares que nunca admitirán la gravedad de sus actos y, al respecto, se debe hacer serios esfuerzos para doblegar su contumacia.

Naomi Roht-Arriaza: Pero ¿no lo lleva eso de nuevo al tema del castigo?

José Zalaquett: O al de reconocer responsabilidades, aun si es algo impuesto políticamente. En el proceso de reconstrucción moral que se está discutiendo, el castigo tiene menos importancia. Es importante, sí, pero reconocer las responsabilidades lo es más. A veces se puede amenazar con castigo para obtener el reconocimiento. Si los actores admiten lo que sucedió y reconocen su papel dentro del proceso, entonces uno está más preparado para perdonar.

En este contexto el castigo es un instrumento importante. Yo solía sostener que en estos casos de transición política había dos objetivos paralelos: reparar violaciones pasadas y prevenir posibles violaciones futuras. Pero el objetivo general, que abarca ambos, es esta teoría más completa sobre la reconstrucción moral que he esbozado. Esta incluye elementos como la revelación de la verdad, la exposición pública de responsabilidades, la construcción de instituciones democráticas y el

castigo, pero también el otorgamiento de perdón, en la medida que este sea legítimo.

Naomi Roht-Arriaza: En la medida que nos hemos ocupado del tema de la reconstrucción moral, estamos hablando de razones para el castigo, el reconocimiento de responsabilidades y la generación de sentimientos de vergüenza que no son instrumentales, preventivos ni utilitarios. Tampoco dan pasos hacia atrás en el sentido retributivo. Son más bien una cuestión de cómo la sociedad construye una idea común de lo que está bien. Pero yo quiero volver al problema de la relatividad moral en la construcción de valores comunes. Las personas con las que usted está tratando de reconstruir el orden moral no comparten sus ideas. Tienen un conjunto de valores completamente diferentes y hasta donde su conciencia les alcanza, ellos salvaron a la nación de la escoria del comunismo, y se sienten muy bien al respecto. Ellos no aceptan que sus valores necesitan ser reconstruidos, y tienen una versión muy particular de la historia. ¿Cómo cerrar esa brecha?

José Zalaquett: Realmente es muy difícil en términos prácticos. Yo no creo que los criminales son irredimibles—puede haber algunos que lo sean—, pero la evidencia empírica demuestra que no es frecuente que las personas confiesen sus culpas de manera espontánea. Sin embargo, los criminales que no se han arrepentido no son los únicos responsables. Hay muchas personas que los apoyaron, que creyeron en ellos, y hubo todo un sistema detrás de cada individuo que cometió un crimen que hizo posible la profunda ruptura que se produjo en la sociedad.

Ahora bien, toda sociedad percibe y absorbe ciertas normas morales. Algunas de ellas llegan a ser plasmadas en los textos de constituciones o leyes. Pero hay otras que no constan por escrito, sino que son moldeadas por actos que pueden llegar a tener un valor sacramental. Acciones como reconocimientos públicos que tienen este tipo de valor simbólico y sacramental pueden quedar grabadas indeleblemente en la memoria moral de la sociedad y tener un efecto de largo plazo. Esa era la razón, por ejemplo, de por qué era tan importante que el informe de la Comisión de Verdad de Chile fuera presentado de esa manera sacramental, para que quedara grabado en los anales de la nación y en la memoria colectiva.

Concentrarse en este impacto sobre los valores garantiza que ellos sean traspasados a la siguiente generación. Imagínese un cadete entrando en la Academia Militar, en Chile, dentro de quince años. Si no se da hoy el proceso de reconocimiento y arrepentimiento, este joven

se encontrará frente a dos conjuntos de valores morales de los cuales extrae mensajes confusos y contradictorios entre sí. Por una parte, el honor militar y las Convenciones de Ginebra dictan que nunca se debe matar a los prisioneros. Pero por otra parte, está el mensaje de que en casos extremos, cuando se tiene que salvar una nación, es lícito lo que sea necesario para lograr ese fin. La existencia de estos dos mensajes contradictorios presenta un enorme riesgo hacia el futuro y ello solo puede ser evitado si se los reemplaza, desde ahora, con un mensaje claro, sin ambigüedades, sobre lo que está bien y lo que está mal. Eso es mucho más importante que enviar a algunos o a unos cientos de soldados a la cárcel.

Pero estamos enfrentando un dilema. Nuestro instinto como abogados y activistas de derechos humanos nos dice que hay que castigar a los criminales. Pero también advertimos, luego de reflexionar, que hay otras facetas y que estos dilemas se remontan a tiempos inmemoriales. Lo importante, entonces, es hacer las cosas bien y no simplemente sentirse moralmente superior. Es muy difícil hacer las cosas realmente bien en este campo, porque estamos aplicando conceptos muy complejos sobre situaciones de transición relativamente nuevas.

Cuando estamos trabajando para enviar una señal de carácter moral es importante abordar debidamente lo referente al castigo, lo que no siempre es fácil. En la medida en que en una determinada situación sea importante considerar juicios y castigos (y tomando en cuenta las restricciones existentes con respecto a las posibilidades prácticas de que el castigo sea llevado a cabo) hay que hacer esfuerzos para asegurar que ante todo sea posible el enjuiciamiento de los crímenes más graves y de sus principales responsables[18].

En la práctica, las cosas no siempre funcionan de esta manera, y los resultados pueden ser poco deseables. Por ejemplo, en Chile es posible que se castigue a oficiales de rango medio, pero que no llegue a castigarse a Contreras, exjefe de la policía secreta, si la Corte Suprema revocare la condena que le fue impuesta[19]. A la vez, Contreras podría ser

18 Véase Jaime Malamud-Goti, "Punishment and a Rights-Based Democracy", *Criminal Justice Ethics* (verano/otoño, 1991):7.

19 El 30 de mayo de 1995, la Corte Suprema chilena confirmó unánimemente las condenas del general Contreras y su segundo, aunque una semana después redujeron las sentencias en aproximadamente un año para compensar por el tiempo que ya habían estado detenidos. El general Contreras juró no ir a prisión (véase "Chile Cuts Former Secret Police Chief's Sentence", *Reuters*, 7 de junio de 1995) y solo se entregó

castigado, pero el general Pinochet, jefe del Ejército, puede seguir ahí, impune. En Japón, por ejemplo, Hirohito permaneció como emperador por consideraciones políticas de los aliados. En Sudáfrica surgió el mismo problema. En ese país, la policía y los oficiales militares estaban recibiendo órdenes de ministros y siguiendo políticas del Gobierno; no actuaron por su cuenta y riesgo. Ellos han dejado en claro que no están dispuestos a ser los chivos expiatorios de los políticos blancos.

Naomi Roht-Arriaza: Otros ejemplos se vienen a la mente. En la antigua Yugoslavia, el peligro es que nadie condena al "pez gordo", bien sea porque están en Ginebra negociando bajo el auspicio de Estados poderosos, o porque el Tribunal de las Naciones Unidas establecido para enjuiciar a las personas responsables de genocidio, crímenes de guerra o crímenes contra la humanidad[20] no los tiene bajo su jurisdicción debido a que los Estados involucrados no quieren entregar a sus acusados. Por el contrario, los niveles medios son más asequibles porque, por ejemplo, han huido a Alemania y allá fueron detenidos. Otro ejemplo es el contraste entre el juicio abortado a Eric Honecker, ex jefe de Estado de la República Democrática Alemana, y las condenas a los guardias de frontera por disparar a las personas que trataban de saltar el Muro de Berlín. Los guardias no tenían nada que ver en el diseño de la política de "tirar a matar", pero fueron sentenciados a cárcel por llevarla a cabo[21]. ¿Es posible evitar esta clase de injusticias cuando uno se enfrenta a este tipo de crímenes?

José Zalaquett: Los casos que usted menciona presentan una importante cuestión moral: el castigo exige que consideremos si, mediante él, estamos incurriendo en una inmoralidad mayor al crear chivos expiatorios. El nuevo Gobierno puede no estar en situación de perseguir

en octubre, después de que el Gobierno civil construyó una prisión especial para él, incrementaron los salarios militares, y fijó una fecha de corte para casi todos los juicio por derechos humanos que aún faltaban por hacerse. "Forward Strides in Chile: President Frei, After Jailing Notorious General, Is Pushing for Reforms", *Los Angeles Times*, 26 de octubre de 1995, p. B8.

20 El Tribunal de las Naciones Unidas sobre Crímenes Cometidos en el Territorio de la ex Yugoslavia fue creado mediante la Resolución 808 (1993) del Consejo de Seguridad. Su jurisdicción se extiende a todos aquellos acusados de haber cometido crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad y/o genocidio en ese territorio desde 1991. En 1994, la jurisdicción del tribunal fue extendida al genocidio y crímenes relacionados, cometidos en Ruanda en 1994.

21 Véase Suzanne Walther, "Problems in Blaming and Punishing Individuals for Human Rights Violations: The Example of the Berlin Wall Shootings", en Roht-Arriaza, *Impunity*, 99.

a todos los peces gordos, porque las limitaciones a los enjuiciamientos fueron impuestas por ellos mismos, y solo podrá perseguir legalmente a los que puede de acuerdo con las facultades legales y la capacidad de investigación con que cuenta. Uno trabaja dentro de las limitaciones que lo afectan y los resultados pueden ser fragmentarios y sin importancia cuantitativa, pero dentro de esas limitaciones uno honestamente debe enjuiciar a todos, empezando por los crímenes más serios y las personas de más alto nivel. Puede ser inevitable, en tales casos, que las condenas logradas no abarquen a todos los responsables sino solo algunos casos ejemplares; incluso pueden ser algo aleatorias. Pero esto no quiere decir que sea legítima una política deliberada de perseguir solo a los peces pequeños. Es inaceptable concentrarse intencionalmente solo en subordinados y chivos expiatorios simplemente para demostrar que algo se hizo, al mismo tiempo que se guardan las apariencias con el pez gordo para después dejarlo libre.

Naomi Roht-Arriaza: ¿Es posible que el problema sea la forma en que se aplica la ley en estos casos? Algunas veces las leyes son un instrumento inapropiado para generar un cambio o para enseñar valores morales. ¿No deberíamos más bien estar escribiendo obras de teatro, o haciendo arte o usando otros medios para apoderarnos e influir en la imaginación colectiva de manera más directa?

José Zalaquett: No, eso es tarea de los artistas y dramaturgos. El derecho es un instrumento para algo que se debe hacer no solo en el teatro sino en el ágora, el lugar donde los ciudadanos se reúnen. Usted necesita todas esas otras cosas, pero hay algo que se debe hacer también en el templo cívico mismo, porque es un asunto que concierne a la comunidad. Por eso es que la gran intuición del presidente Aylwin, al presentar el informe de la Comisión de Verdad públicamente y en persona, fue darle al acto el valor sacramental a que nos hemos referido. Ese sacramento intangible tuvo mayor efecto en sanar las heridas en Chile que prácticamente cualquier otra medida.

Para concluir con el ejemplo sudafricano que discutíamos anteriormente, la aplicación de esta idea significaría que el propio presidente Mandela públicamente refrendara la Comisión de Verdad y su informe, porque esto es algo demasiado grande, es un asunto demasiado central para dejárselo a cualquier otra persona, no importa cuán competente sea. Se necesita el aspecto sacramental que solo Mandela puede brindar. Ese fue el consejo del presidente Aylwin al presidente Mandela.

También se trata de algo que debe hacerse con prontitud. La oportunidad es importante a la hora de declarar cuál será el marco moral de las políticas que se proponen. La resolución de conflictos, los juicios, castigos y todo lo demás puede extenderse por décadas dentro del marco que se establezca, pero este debe ser explicitado prontamente. Después de la Segunda Guerra Mundial, una vez que los juicios de Núremberg definieron el marco de justicia para los crímenes de los nazis, se pudo llevar a cabo otros procesos penales en contra de tales crímenes durante mucho tiempo, a veces hasta cuatro décadas más tarde. Pero si los juicios de Núremberg no se hubieran comenzado, digamos, sino hasta 1949, su impacto hubiera sido muy diferente. Es importante transmitir a la sociedad la idea de que no hay un asunto más urgente que reconstruir los cimientos morales de la convivencia. Ese es un mensaje fundamental.

PARTE II
PROCESAMIENTOS JUDICIALES Y OTRAS MEDIDAS DE JUSTICIA



RESPONSABILIZACIÓN POR LOS ABUSOS DEL PASADO*

Juan E. Méndez

1. Introducción

Este estudio se centra en los debates sostenidos sobre la responsabilidad de los perpetradores de violaciones masivas de los derechos humanos, y sobre la experiencia en América Latina, y en otras partes, de intentos de restablecer la verdad y la justicia en cuanto al legado de abusos del pasado reciente. Esta experiencia es inevitablemente diversa y muy variada, pero este trabajo sostiene que ella ofrece algunos principios de aplicación universal. En este punto discrepo con la visión de que los líderes democráticos son los que conocen mejor lo que sus sociedades necesitan en un momento dado, por lo que no conviene imponer reglas sobre lo que se debe hacer con el pasado reciente. Un segundo punto de vista que debato es el que acepta que hay principios generales aplicables a este problema, pero insiste en que los líderes democráticos deben luchar solo por restaurar la verdad del pasado reciente y, en general, evitar todo intento de restaurar la justicia, al menos a través de procesos penales. En pocos años ha habido un considerable progreso respecto a reconocer que un legado de violaciones graves y sistemáticas genera obligaciones del Estado para con las víctimas y la sociedad. Subsisten, sin embargo, desacuerdos considerables sobre el contenido de estas obligaciones y sobre cómo deben de ser cumplidas. Este artículo trata de mostrar que estas obligaciones: a) son multifacéticas y pueden ser cumplidas separadamente; pero b) no deben ser vistas como alternativas unas de las

* Artículo publicado originalmente en Méndez, Juan E. “Accountability for Past Abuses”. *Human Rights Quarterly* 19:2 (1997), 255-282. © 1997 The Johns Hopkins University Press. Traducido y publicado con permiso.

otras. Las diferentes obligaciones no son un menú del cual el Gobierno puede elegir una solución; son de hecho distintas obligaciones, cada una de las cuales debe ser cumplida conforme con las mejores posibilidades que tenga el Gobierno. En este contexto, los procesos judiciales —siempre y cuando sean tramitados bajo las más estrictas garantías de imparcialidad— son un ingrediente necesario y además deseable dentro de cualquier esfuerzo serio de responsabilización.

2. Múltiples dimensiones del problema

La experiencia acumulada desde los principios de los años ochenta sobre este tema continúa siendo enriquecida: en este preciso momento, la nueva Sudáfrica está embarcada en el programa más ambicioso que se haya visto hasta ahora, ya que busca combinar el establecimiento de la verdad, la clemencia, procesos judiciales y una eventual reconciliación. Indudablemente quienes han ido diseñando el programa sudafricano se han beneficiado de la experiencia de Latinoamérica y de Europa del Este, pero es muy difícil encontrar un lugar donde el ingenio y la creatividad se hayan profundizado tanto como en Sudáfrica en relación con este grave problema de política pública. Ampliando igualmente nuestros horizontes (y desafiando a nuestras presunciones) está el experimento de justicia que las Naciones Unidas ha puesto en marcha con la creación de Tribunales de Crímenes de Guerra para la antigua Yugoslavia y Ruanda. Todo lo que digamos ahora sobre verdad y justicia tendrá que ser reexaminado necesariamente en los próximos dos o tres años a la luz de los resultados de estos experimentos.

El problema tiene dimensiones legales, éticas y políticas, y es imperativo que las tres sean reconocidas y asumidas. Es un error que el movimiento de derechos humanos permita que lo encasillen en una posición tildada de *legalista* o moralista y que se le considere no solo contrario a contemporizar, sino también intransigente y hasta ingenuo acerca de la realidad política, vengativo u opuesto a la reconciliación. Por el contrario, debemos estar listos para tomar una posición objetiva y realista sobre las limitaciones políticas al proponer medidas de responsabilización. Ello, por otro lado, no implica necesariamente una *realpolitik* o abandono de los principios. En efecto, se puede argumentar muy bien a favor de que un programa de verdad y justicia no solo es lo correcto, sino que es políticamente deseable porque ayuda en gran medida a la realización de nuestra idea de democracia.

3. Cómo se plantean las preguntas

La multiplicidad de dimensiones mencionadas anteriormente ha cambiado la forma en que las organizaciones de derechos humanos conciben su trabajo, y cómo trabajan para promover y defender los derechos fundamentales. Ya no ven estrictamente las acciones que constituyen violaciones de los derechos universales, sino también vigilan cómo las instituciones gubernamentales responden a cada episodio. Y este enfoque se aplica no solo a la reciente epidemia de abusos en contra de enemigos políticos, sino también a las *violaciones endémicas* presentes en nuestras democracias: brutalidad policial, violencia rural, condiciones de detención, derechos de las minorías, y hasta violencia doméstica. La noción de la respuesta institucional reconoce que los abusos sucederán incluso en las sociedades más avanzadas, pero correctamente asigna al Estado la obligación de movilizar sus recursos para restablecer el equilibrio y proporcionar reparaciones. El criterio para medir el auténtico compromiso con la democracia es el grado en el cual los Gobiernos están dispuestos a "organizar el aparato de Estado y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se ejerce el poder público, de manera que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos"[1].

Más allá del trabajo en derechos humanos, las experiencias de responsabilización alimentan la forma en que concebimos áreas distintas, pero relacionadas entre sí: promoción de la democracia, pacificación y mantenimiento de la paz. La necesidad de consolidar una frágil democracia, y la necesidad de terminar con los conflictos, indudablemente condicionan las posibilidades de enmendar los errores del pasado, e incluso establecen límites a lo que puede aspirarse a través de una política de responsabilización. Pero estas demandas urgentes de ningún modo relegan los objetivos de verdad y justicia. Por el contrario, cada vez se reconoce más que el intento de responsabilizar a los criminales de Estado dice algo sobre la democracia que estamos tratando de establecer, y que mantener la memoria y saldar las cuentas pendientes en materia de derechos humanos pueden ser parte de la fórmula de una paz que sea duradera, y no solo una suspensión temporal de la lucha.

La expansión de nuestro campo de acción requiere abandonar la noción de que estamos hablando únicamente en términos de *transición*

1 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Velásquez Rodríguez*, sentencia del 29 de julio de 1988, párrafo 166.

a la democracia. Las discusiones fueron orientadas en ese sentido debido al influyente artículo de José Zalaquett, "Confronting Human Rights Violations Committed by Former Governments: Principles Applicable and Political Constraints"[2]. La mejor colección de materiales que cabe citar en este tema se llama, en efecto, *Justicia en transición*[3].

Sin embargo, en lugares como El Salvador y Guatemala, no estamos necesariamente frente a un régimen que ha cambiado, sino a Gobiernos que deben resolver violaciones cometidas en gran parte bajo su propio mandato. La necesidad de considerar la responsabilización en un contexto de búsqueda de soluciones a un conflicto armado presenta desafíos políticos que no son los mismos que se dan en las transiciones hacia la democracia. El mismo argumento es aplicable cuando se trata de imponer responsabilidades a través de demandas de la comunidad internacional, como en el caso de los tribunales de crímenes de guerra para la antigua Yugoslavia y Ruanda. Es más, restringir el análisis a las transiciones deja fuera las acciones realizadas por organizaciones de la sociedad civil para superar la impunidad vigente, como en Colombia y Perú.

Otra razón para revisar el marco analítico es que el tema de la responsabilización ha probado tener existencia propia, más allá de los cortos términos de lo que puede ser razonablemente llamada la transición. La reanudación del debate público sobre lo que el Estado le debe a las familias de los desaparecidos en Argentina en 1995, después de las revelaciones del capitán de navío, Adolfo Scilingo[4], y una vez más en marzo de 1996, en el vigésimo aniversario del *coup d'État* resultan testimonios fehacientes de ello. Después de vivir más de doce años de democracia, y con las medidas tomadas en los años ochenta para registrar el pasado y tratar de enterrarlo, el reclamo de las víctimas de las violaciones en Argentina ha sobrepasado los límites de la transición.

Incluso en situaciones claramente transicionales, en cualquier caso, este enfoque parte de la suposición de que los nuevos Gobiernos tienen

2 José Zalaquett, "Confrontando las violaciones de los derechos humanos cometidas por antiguos gobernantes: aplicación de principios y limitaciones públicas", en Aspen Institute, *State Crimes: Punishment and Pardon*, Nueva York, 1989 y después en 13 Hamline I. Rev., 623 (1990).

3 El Instituto Norteamericano de la Paz, *Transitional Justice: How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes* (3 vols.), Neil Kritz, editor, Washington, 1995 (con prólogo de Nelson Mandela).

4 Horacio Verbitsky, *El vuelo*, Planeta, Buenos Aires, 1995 (versión en inglés por New Press). Nueva York, 1996.

limitaciones en cuanto a lo que pueden hacer para corregir los errores del pasado. En este sentido, Zalaquett está indudablemente en lo correcto. El problema es que ha conducido a muchos otros a partir de la base de que es muy poco lo que los Gobiernos *realmente pueden hacer* bajo estas circunstancias, y no pensar lo suficiente en lo que estos *deberían hacer*. En relación con Latinoamérica, específicamente, se piensa comúnmente que cualquier intento por romper el ciclo de impunidad podría amenazar la estabilidad democrática, como si una forma inferior de democracia, sin igualdad ante la ley, fuera todo lo que se pudiera esperar. El marco de transición ha sido extremadamente útil para dar forma a nuestros debates hasta ahora, pero puede que sea tiempo de introducir un nuevo enfoque. Las democracias latinoamericanas parecen actualmente más seguras (y, si lo son porque la impunidad ha prevalecido o porque se hayan logrado algunos avances en materia de responsabilización, es otro asunto). La experiencia demuestra que las demandas para deducir responsabilidades surgen en una gran variedad de contextos históricos. Parece que es tiempo de analizar estos problemas desde un punto de vista más amplio.

4. Principios emergentes

Hay un fuerte argumento legal a favor de reconocer la existencia de un principio emergente de derecho internacional según el cual los Estados tienen obligaciones efectivas de responder de cierta forma en caso de violaciones masivas y sistemáticas de los derechos fundamentales[5]. Aunque los instrumentos en vigor no especifican en qué consisten tales obligaciones, ellos sí establecen que cada Estado miembro (…) *se compromete a respetar y asegurar a todos los individuos*

5 El mejor argumento para esta obligación está en “Settling Accounts: The Duty to Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime”, 100 *Yale L. J.* 2537, y además en *Addressing Gross Human Rights Abuses: Punishment and Victim Compensation in Human Rights: An Agenda for the Next Century*. Louis Henkin y John L. Hargrove, eds., ASIL, 1994. Véase además Naomi Roht-Arriaza, *Impunity and Human Rights in International Law and Practice*, Oxford University Press, Nueva York, 1995. Dos relatores especiales de las Naciones Unidas han tenido la ocasión de explorar su obligación profundamente: Theo Van Boven, relator especial para la restitución, compensaciones y reparaciones para violaciones graves y consistentes de los derechos humanos, en *Study Concerning the Right to Restitution, Compensation and Rehabilitation for Victims of Gross Violations of Human Rights and Fundamental Freedoms*, Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, UN Doc. EICN. 4/ Sub.2/1993/8; y Louis Joinet, relator especial sobre impunidad. Informe Final, 1996.

los derechos que se reconocen[6]. La obligación de asegurar significa que los Estados están obligados a tomar las medidas necesarias para corregir los daños infligidos en cada una de las violaciones a un derecho. Adicionalmente la mayoría de instrumentos establece el derecho de la víctima de una violación a una compensación más efectiva y a igual protección de la ley, sin discriminación[7]. El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, el órgano de interpretación autorizado del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, ha dicho que las leyes de amnistías generales y perdón son inconsistentes o contradictorias con la Convención porque crean *un clima de impunidad* y niegan a las víctimas *el derecho a la reparación*[8]. El derecho internacional, además, especifica que determinados derechos son tan fundamentales que no pueden ser suspendidos, aun en el caso de una emergencia que amenace la existencia de la nación o su seguridad. Estos *derechos fundamentales* son aquellos que son violados por ejecuciones extrajudiciales, tortura, desapariciones y arrestos arbitrarios y prolongados[9]. La impunidad para estos crímenes constituye una no permisible derogación de derechos *ex post facto* que no debían suspenderse en el momento en que se cometieron los actos.

El derecho internacional contiene muchas normas vinculantes que apuntan en la dirección de que existe una obligación por superar la impunidad para crímenes de este tipo. La Convención sobre el Genocidio establece la obligación de castigar este crimen[10]. La más reciente Convención contra la Tortura obliga a sus signatarios a hacer de la tortura un delito punible dentro de su jurisdicción interna, a arrestar a los sospechosos de tortura, extraditarlos hacia otras jurisdicciones o procesarlos, e insistir a cooperar plenamente con la jurisdicción interesada en recabar y conservar

6 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (UN G.A. Res.2200 A, 16 de diciembre de 1996), artículo 2, Similares términos en la Convención Americana de Derechos Humanos (Organización de los Estados Americanos, 22 de noviembre de 1969), artículo 1.1.

7 Parte I del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, Artículos 14 y 26: Convención Americana, artículos 24 y 26.

8 CCPR/C179/Add.46, adoptada en la Reunión n.° 1411, 53 Sesión, 5 de abril de 1995, Pumo 10.

9 Parte I del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, artículo 4: Convención Americana, artículo 27.

10 Convención sobre la Prevención y Castigo del Crimen de Genocidio (UN G.A. Res. 26/ SA (111), 9 de diciembre de 1948), artículo 1.

las evidencias[11]. Otras convenciones y normas del derecho consuetudinario se refieren a la inaplicabilidad de leyes que establezcan limitaciones a los crímenes contra la humanidad; la inaplicabilidad de invocar el principio de *crimen político* como defensa contra la extradición por cargos referentes a estos crímenes, y, la jurisdicción universal para juzgarlos.

4.1. Cuatro obligaciones y derechos correlativos

Consideradas en conjunto, estas normas dispersas muestran, inequívocamente, una tendencia en el derecho internacional para no permitir que estos crímenes queden impunes. En efecto, es difícil encontrar desacuerdos en torno a que estos dan lugar a ciertas obligaciones; si acaso, los desacuerdos (o el escepticismo) giran en torno al contenido o la aplicabilidad de estas obligaciones, si bien ello es un problema no solo para estas, sino para todas las obligaciones que surgen del derecho internacional.

Algunas de las obligaciones discutidas seguidamente surgen cuando el Estado viola cualquier derecho establecido en los instrumentos internacionales. Todo el cuerpo de obligaciones, sin embargo, tiene aplicación solo en situaciones de violaciones masivas y sistemáticas a los más elementales derechos a la vida, a la libertad, y a la integridad física. En otras palabras, un caso aislado de tortura, por ejemplo, puede dar lugar a obligaciones solo si es parte de un patrón sistemático de violaciones similares. La razón para tan elevado grado de protección es que las violaciones de los derechos humanos de esta magnitud, cuando son cometidas masiva y sistemáticamente, constituyen *crímenes contra la humanidad*.

En respuesta a los crímenes contra la humanidad, un Estado está obligado:

- a investigar, juzgar y castigar a los perpetradores;
- a revelar a las víctimas, sus familiares y a toda la sociedad todo lo que pueda ser confiablemente esclarecido sobre estos eventos;
- a ofrecer a las víctimas las reparaciones debidas; y
- a separar a los verdugos plenamente identificados de los cuerpos de seguridad y otras posiciones de autoridad.

11 Convención contra la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes y su castigo (UN G.A., Res. 39/46. 10 de diciembre de 1984), artículos 4-9.

Desde el punto de vista de quienes han adquirido algún derecho específico del Estado, las obligaciones en cuestión consisten en:

- el derecho de las víctimas a recibir justicia;
- el derecho de conocer la verdad;
- el derecho a recibir compensaciones y otras formas de restitución no monetarias; y
- el derecho a instituciones nuevas, reorganizadas y responsables.

El titular de este último derecho es la sociedad en su conjunto y no la víctima; en los otros tres casos, el derecho beneficia, fundamentalmente, y en primer lugar, a la víctima, pero también a la sociedad.

El referirse a estos derechos como *principios emergentes* y no como obligaciones vinculantes del derecho internacional ejemplifica su estatus actual: se justifican solo parcialmente en normas de aplicabilidad universal existentes. En su mayor parte resultan principalmente de la reciente expansión de dichas normas a través de la creación de derecho, particularmente de derecho internacional: resoluciones no vinculantes, precedentes judiciales y cuasi judiciales, la práctica de las naciones y la *opinio juris*. Por ejemplo, las Convenciones de Ginebra de 1949 establecen claramente la obligación de castigar *graves violaciones* o crímenes de guerra que ocurren durante conflictos internacionales. Solo el año pasado, esta noción se ha extendido a crímenes similares cometidos en el contexto de conflictos que no son de carácter internacional a través de la resolución del Consejo de Seguridad que establece el Tribunal Criminal Internacional para Ruanda y la decisión jurisdiccional del Tribunal Criminal Internacional para Yugoslavia en el caso *Tadic*[12]. Respecto al derecho de saber la verdad, aunque la discusión recién ha comenzado en la comunidad internacional, una conferencia de expertos convocada por las Naciones Unidas ha establecido que este ha alcanzado el estatus de norma de derecho internacional consuetudinario[13].

---

12 Tribunal Criminal Internacional para la ex Yugoslavia, Cámara de Apelaciones. El fiscal contra Dusko Tadic (a). Dule. Caso n.° IT-4 1-R72, Decisión sobre la apelación de la defensa basada en la jurisdicción. La Haya, 2 de octubre de 1995. Véase también Theodore Meron, “Criminalización Internacional de Atrocidades Internas”, *American Journal of International Law*, vol. 89: 554, 1995.

13 Comisión de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Informe de la Reunión de Expertos sobre Derechos No Sujetos a Derogación durante estados de emergencia

Estos ejemplos muestran que el derecho sobre estas cuestiones se está desarrollando rápidamente. El hecho de que los principios no sean leyes vinculantes en todos sus aspectos, además, no significa que no constituyan obligaciones. En la mayoría de los casos puede que no sea posible obtener una decisión judicial que ordene su cumplimiento —y una decisión semejante sería difícil de ejecutar de cualquier modo—. No obstante, estos principios pueden invocarse para exigir ciertas medidas de Estados que deseen verse a sí mismos como colaboradores del orden jurídico internacional. Más importante aún, un Gobierno que se enfrente a la situación de crímenes masivos de Estado puede y debe ser juzgado por el grado en que trate de acatar estos principios.

4.2. Obligaciones separadas y distintas

Una segunda observación, en relación con estas cuatro obligaciones, es que cada una de ellas es parte integral de una política justa de responsabilización, pero es distinta de las demás. Cada Gobierno debería esforzarse para acatar cada una de estas obligaciones, y el alto grado de cumplimiento en un área no es excusa para el incumplimiento en otras. Por ejemplo, el Gobierno de Menem en Argentina ha aplicado una amplia política de generosas compensaciones monetarias a las víctimas de la *guerra sucia* de los años setenta, pero hace muy poco o nada para decir la verdad a las familias de los desaparecidos sobre lo que ha podido averiguar del destino y la localización de sus seres queridos; y hace aun menos, para purgar a las fuerzas armadas y de seguridad de los muchos perpetradores que continúan sirviendo y avanzando en la jerarquía.

La naturaleza independiente y distinta de estas obligaciones también implica que aun y cuando una de ellas devenga legal o fácticamente imposible, por ejemplo por una ley de amnistía general que impida los procesos penales, las otras continúan en plena vigencia. El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en su último reporte periódico de Argentina, correctamente rechazó el argumento del ministro de justicia, Rodolfo Barra, de que las seudoleyes de amnistía de los años ochenta, y el principio de presunción de inocencia, impedían que el Gobierno obligara a criminales plenamente identificados a retirarse mediante procedimientos administrativos o disciplinarios[14]. Similarmente, las leyes

o circunstancias excepcionales. Anexo 1 al 8, Reporte anual del relator especial para estados de emergencia, E/CN. 4/Sub. V1995/2(11 Corr. 1, 15 de agosto de 1995.

14 CCPR/Cn91Add.46, *op. cit.* (nota 8).

pueden ser barreras infranqueables para la persecución penal, pero no eximen al Gobierno argentino del deber de utilizar todos los medios a su alcance para decir a cada familia lo que se pueda saber sobre el destino y localización de sus desaparecidos[15].

Este enfoque tiene la ventaja de que nos permite insistir en determinadas medidas más allá del intento artificial de los Gobiernos de dejar atrás el pasado y *seguir adelante*. También debería servir al movimiento pro derechos humanos como una forma de evitar el autoderrotismo y de rechazar todas las soluciones por el hecho de que una de ellas, por ejemplo el castigo, se vuelva inaplicable. Si continúan señalando a las amnistías y perdones como inconsistentes con las obligaciones, las víctimas y la sociedad aún pueden exigir la verdad completa, reparaciones y cuerpos de seguridad que estén efectivamente libres de criminales.

4.3. Obligaciones de medios, no de resultados

Una tercera y última observación sobre estos principios es que, en los cuatro casos, constituyen —según la distinción que hace el derecho civil— *obligaciones de medios y no de resultados*. Significa que el Estado ha cumplido plenamente su deber de persecución penal, incluso si el juicio termina a favor del demandado, siempre y cuando el proceso haya sido conducido de buena fe y no como un acto *predestinado a fracasar*[16]. En ese sentido, estas obligaciones están sujetas a condiciones de legitimidad en su ejecución[17]. Estas condiciones presionan a los Gobiernos en dos direcciones opuestas. En primer lugar, están conminados a hacer

15 Escrito *amicus curiae* por Human Rights Watch/Americas y el Centro de las Américas para la Justicia y la Legislación Internacional, presentado a la Corte Federal de Apelaciones de Buenos Aires en junio de 1995, en apoyo de una moción por Emilio F. Mignone en el caso ESMA y publicado en *El Derecho*, Buenos Aires, n.° 8834, 14 de septiembre de 1995 y en *Revista IIDH* San José, Costa Rica, n.° 21, enero-junio de 1995. En la misma edición, véase la nota de apoyo por Germán J. Bidart Campos, uno de los principales académicos latinoamericanos en derecho constitucional e internacional (la víctima del delito y el proceso penal, p. 7). La noción de que el Estado le debe a cada víctima una 'verdad' individualizada y, por lo tanto, un reporte global sobre prácticas y políticas no las satisface plenamente es uno de los argumentos de José Zalaquett. A solicitud suya, fue adoptada por la Comisión Rettig en Chile: Informe de la Comisión Nacional de la Verdad y Reconciliación, tomo 1, p. 3, Santiago, 1991 (versión en inglés por la Editorial de la Universidad de Notre Dame, Notre Dame 1992).

16 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Velásquez Rodríguez, op. cit*. (nota 1), párrafo 177.

17 Zalaquett, José. *Crímenes de Estado, op. cit*. (nota 2).

esfuerzos de buena fe para alcanzar los resultados deseados. Se deduce que si un Gobierno tiene pistas, documentación, conoce a actores cuyo testimonio puede obtenerse, etc., tiene la obligación de hacer todo lo que esté razonablemente dentro de sus posibilidades para decir a cada familia la verdad. En este contexto, no obstante, *razonablemente dentro de sus posibilidades* significa que una serie de esfuerzos y tareas debe ser puesta positivamente al servicio de la verdad, y no limitarse simplemente a un acto demagógico de condescendencia burocrática.

En la dirección opuesta, otra condición para la legitimidad es que esos esfuerzos deben conducirse de acuerdo con los estándares del debido proceso establecidos en la legislación internacional. Lo que es el *debido proceso*, sin embargo, depende del objeto del ejercicio y su probable resultado. La persecución y el castigo requieren del máximo grado de garantía para los derechos del acusado, porque el resultado podría ser la pérdida de la libertad de una persona. Pero la separación disciplinaria o administrativa de los cuerpos de seguridad requiere, relativamente, menores garantías al debido proceso.

A este respecto, existe un considerable desacuerdo sobre si las comisiones de la verdad deben *decir los nombres* de los funcionarios acusados de las violaciones que describen. José Zalaquett se opone rotundamente porque constituiría una violación de los derechos al debido proceso de las personas nombradas, así como una intromisión de las comisiones de la verdad en funciones judiciales que por definición no les competen[18]. Una posición cerrada en cuanto a mencionar nombres, no obstante, pueden, en ciertas circunstancias, convertirse en una limitación inaceptable a la *verdad completa* que los Gobiernos están comprometidos a revelar, y que las comisiones de la verdad están encargadas de esclarecer.

La legitimidad de la decisión —sea la mención o el ocultamiento de nombres— depende de que posteriormente a la publicación del reporte de la comisión haya oportunidad de procesar y juzgar (y por lo tanto, de explorar más exhaustivamente la verdad). Si la posibilidad está abierta tal vez es buena idea permitir que las cortes se encarguen de la responsabilidad criminal individual, después de que haya tenido lugar

18 La Comisión de la Verdad de El Salvador, patrocinada por las Naciones Unidas, fue la primera entre las recientemente constituidas en mencionar nombres. Priscilla B. Hayner, "Quince Comisiones de la Verdad - 1974 a 1994". *Human Rights Quarterly*, noviembre de 1994, Zalaquett en *Enfrentando el pasado: verdad y reconciliación en Sudáfrica*, Alex Boraine, Janet Levv y Ronel Scheffer, eds., IDASA, Ciudad del Cabo, 1994, p. 51.

un juicio justo. Si, por otro lado, el reporte va a ser, probablemente, la última oportunidad para que estos asuntos salgan a la luz, un compromiso honesto con la verdad sugeriría la necesidad de una información confiable y no ocultar el comportamiento de ciertos individuos, solo porque estos puedan esconderse detrás de la impunidad concedida por amnistías o perdones. Incluso en ese caso, sin embargo, algunas medidas para preservar el debido proceso resultan necesarias, y la comisión de la verdad debería darles "como mínimo" una oportunidad para rebatir la información incriminatoria. Si se mencionan nombres, también es importante que la comisión de la verdad dé un tratamiento honesto e imparcial a la información, y que el público así lo perciba. En El Salvador, como se creyó que la Comisión de la Verdad había recibido muchos más nombres de los que publicó, debió ser más clara en cuanto a los criterios bajo los cuales se determinó que unos nombres fueran publicados y otros no. Probablemente beneficiándose de esa experiencia, la Comisión de Verdad y Reconciliación de Sudáfrica no solo está encargada de investigar y revelar las circunstancias de cada caso, sino también de identificar a los perpetradores. Al mismo tiempo, el estatuto que creó la comisión requiere que las personas acusadas de violación de los derechos humanos tengan la oportunidad de responder antes de que sus nombres sean agregados al informe final[19].

5. Evitando falsos dilemas

5.1. Primera concepción errónea: no hay reglas para los Estados

La primera concepción errónea acerca del problema de la responsabilización es que no existen reglas que establezcan lo que los Estados deben hacer en respuesta a las masivas violaciones llevadas a cabo en el pasado reciente. A principios de los años ochenta este fue en América Latina el punto de vista prevaleciente entre muchos observadores con mentalidad democrática, e incluso observadores orientados hacia los derechos humanos. Ello resultó en una falta de apoyo a los esfuerzos para conseguir algún grado de responsabilización en la nueva ola democratizadora. En la concreción presente, esta posición se refleja en gran medida en el punto de vista del expresidente

19 República de Sudáfrica, Ley de Promoción de la Unidad Nacional y Reconciliación, 1995, artículos 4 (a), 31 (2) y 38.

Jimmy Carter, el cual no solo deja de lado las opiniones de los líderes democráticos, sino que expresa una preferencia por solucionar los problemas con base en el perdón y olvido completos. En efecto, la más reciente aplicación de esta idea por parte del presidente Carter fue su oferta de amnistía al general Raúl Cedras como una condición para el retorno de la democracia en Haití, una oferta hecha a pesar de la objeción expresa de Jean-Bertrand Aristide, líder elegido democráticamente en Haití.

El presidente Carter sostiene que le preocupan menos las violaciones del pasado que evitar las siguientes. Aun así, está lejos de comprobarse que una política de perdón y olvido automáticamente desvía el peligro de futuros abusos[20]. En efecto, al menos en Haití es fácil afirmar que lo correcto es precisamente lo contrario: cada autoamnistía de los militares solo ha llevado a nuevas interrupciones de la democracia y a nuevas atrocidades[21]. Esta deferencia a los líderes democráticamente electos, quienes se supone saben mejor que nadie lo que es mejor para su país, y lo que está por venir, no está garantizada. A mediados de los años ochenta eso permitió a Vinicio Cerezo obstaculizar activamente cualquier intento de invalidar la vergonzosa autoamnistía con que su predecesor militar dejó el cargo; al término del período de Cerezo hubo más violaciones de derechos humanos y mayor impunidad.

5.2. Segunda concepción errónea: la verdad es siempre preferible a la justicia

Una segunda posición perniciosa en este debate postula que, incluso en un contexto donde se trata de ajustar las cuentas, la verdad siempre es preferible a la justicia. El columnista Charles Krauthammer, en parte basado en las ideas de Zalaquett y presumiblemente exaltando las virtudes de las experiencias chilena y sudafricana, ha publicado recientemente una proposición universal de acuerdo con la cual se debe escribir los ‘informes de verdad’, pero no deben tener lugar procesos judiciales[22]. Con respecto a la crisis en Bosnia, algunos observadores han

20 José Zalaquett, más cautelosamente, sugiere que en ciertas circunstancias dicha política podría ser la más adecuada para prevenir este peligro (Crímenes de Estado), *op. cit*. (nota 2).

21 Ken Roth, monografía para un libro editado por R. Post, de próxima publicación.

22 Charles Krauthammer, “Truth, Not Trials”, *The Washington Post*, 9 de septiembre de 1994.

propuesto clausurar los tribunales de crímenes de guerra y sustituirlos por una 'comisión de la verdad' basada en los modelos de Chile y El Salvador[23].

Al afirmar que el decir la verdad promueve la reconciliación, mientras que los procesos judiciales son vengativos, Krauthammer simplifica los hechos sobre las posiciones adoptadas por los nuevos líderes democráticos de Chile y por Nelson Mandela. No toma en cuenta que Chile procesó y encarceló al hombre de confianza de Pinochet, el general Manuel Contreras, y que Mandela ha permitido a la justicia seguir su curso en el caso en contra del anterior ministro de Defensa, general Magnus Malan. Ambos hombres, anteriormente muy poderosos, están o estuvieron detrás de las rejas: ¿significa que Aylwin, Frei y Mandela se han vuelto vengativos?

Es difícil ver qué podría ganarse a través de otro "informe de la verdad" en los Balcanes después de que los relatores específicos de las Naciones Unidas han documentado los crímenes muy detalladamente, mientras que la comunidad internacional prefiere no escuchar. Las Naciones Unidas ya tuvieron una 'comisión de la verdad' para la antigua Yugoslavia, concretamente con la comisión encabezada por el profesor M. Cherif Bassiouni, la cual precedió a la creación del tribunal especial[24]. Y a propósito, cada jurista prominente citado ante las Naciones Unidas ha propuesto que el próximo e inevitable paso debe ser hacer justicia; Pastor y Forsyth sugieren que ignoremos sus recomendaciones hasta que se forme una comisión que proponga la impunidad.

Es claramente cierto que un proceso de responsabilización que descuide o deje de lado la verdad sería inaceptable. Zalaquett llega a incluir el pleno conocimiento de la verdad como una de sus 'condiciones de legitimidad'. Una política que resultara en condenas pero sin una plena revelación de la verdad (por ejemplo, mediante arreglos extrajudiciales) sería inaceptable, lo cual no equivale a decir que la verdad es preferible

23 Robert Pastor, del Centro Carter, citado en "The Nation: Nuremberg Isn´t Repeating Itself". *The New York Times*, 19 de noviembre de 1995; David Forsyth, "Las Naciones Unidas y los derechos humanos en los cincuenta: una mayor pero incompleta revolución". *Global Governance* 1 (1995), 297-318.

24 El Reporte Final de la Comisión de Expertos Establecido Según Resolución del Consejo de Seguridad n.° 780 (1992), S/1994-674 del 27 de marzo de 1994; Reporte Final del señor Tadeusz Mazawiecki, relator especial de Naciones Unidas para la ex Yugoslavia, E/CN. 4/1994/9, citando 17 reportes periódicos anteriores entre agosto de 1992 y julio de 1995.

o superior a la justicia, ni que la justicia tenga que venir primero[25]. Un escenario distinto del anterior, que es poco probable, sería un juicio sin una discusión a fondo de los hechos, lo cual violaría de todas formas el debido proceso. Más importante aún, presentar la cuestión como una competencia entre la verdad y la justicia equivale a ignorar la contribución específica para el conocimiento público de los hechos que hacen los procesos judiciales.

En la posición ejemplificada por Krauthamner, Pastor y Forsythe, la verdad es presentada realmente como una alternativa a la justicia. Sin embargo, los mejores ejemplos en cuanto a la búsqueda de la verdad no fueron planteados en su momento bajo la premisa de que habría inmunidad contra los procesos penales. Tanto la Comisión Sábato en Argentina como la Comisión Rettig en Chile omitieron mencionar los nombres de los presuntos perpetradores en sus informes finales, pero los trasladaron, junto con las evidencias relevantes, a los tribunales, como una forma de contribuir con la justicia. Si su mandato hubiera consistido en mencionar los hechos como última instancia en el proceso de responsabilización, sus reportes sin nombres hubieran sido recibidos menos favorablemente por el público, puesto que su 'verdad' se hubiera percibido como preestablecida e incompleta, y no como una verdad que permitiera a los hechos hablar por sí mismos y condujera a donde tuviera que conducir.

Esto tampoco significa que deberíamos rechazar las comisiones de la verdad a menos que haya procesos penales y castigo en el horizonte. Como se afirmó anteriormente, aunque el castigo se haya tornado imposible, ya sea por razones jurídicas o de hecho, el Estado aún mantiene la obligación de investigar y revelar los hechos, y de responsabilizarse de los abusos cometidos en su nombre. Pero la situación difiere de cuando los Gobiernos avalan la impunidad y luego, como un gesto de lástima hacia las víctimas, les dan un informe a cambio, y esperan que todo quede rápidamente olvidado.

El éxito de las comisiones de la verdad nacionales ha inducido a la comunidad internacional a emplear ese modelo en situaciones en las cuales un Estado o sus ciudadanos invocan a la comunidad a que los ayude a poner fin a un conflicto. Las Naciones Unidas propuso y financió

25 Véase la polémica (y la confusión en torno a la posición de Aryeh Neier's, que luego aclara) en un intercambio de cartas en *The Nation*, "Verdad, justicia e impunidad" y "Neier responde", 24 de diciembre de 1990, p. 790; y previamente la columna de Neier "Watching Rights", del 19 de noviembre de 1990.

la Comisión de la Verdad para El Salvador y, más recientemente, la de Haití. La primera de ellas estuvo compuesta solamente por miembros no salvadoreños; la segunda incluyó a una minoría de tres no haitianos. De estas comisiones, el movimiento de derechos humanos considera por lo general que el esfuerzo en El Salvador fue exitoso puesto que su informe es creíble y persuasivo; es una evaluación honesta de las atrocidades cometidas durante la guerra de doce años que hubo en ese país. Como factores negativos, están su silencio sobre la cuestión de la amnistía y la controversia sobre mencionar o no mencionar nombres. Más importante aún, el hecho de que los miembros y el equipo técnico de la comisión fueran exclusivamente no salvadoreños también pone límites a su valor: los diversos sectores de la sociedad salvadoreña ve el documento final como otro "informe" externo sobre su país y no han tomado en cuenta sus hallazgos. La Comisión de la Verdad de Haití es más definitivamente un fracaso. Después de meses de deliberación, la comisión decidió no publicar su informe y difundir solo unas pocas páginas de "recomendaciones" insustanciales. Seis meses más tarde la comisión entregó su reporte completo, pero solo imprimió y distribuyó un pequeño número de ejemplares. Una comisión de la verdad que retiene la publicación de sus hallazgos es, por lo menos, una contradicción en los términos[26].

El involucramiento de las Naciones Unidas en los esfuerzos en Haití y en El Salvador no es la explicación para sus fracasos parciales. Además de simplista, tal apreciación sería tremendamente injusta respecto de los comisionados internacionales y del equipo técnico que hizo lo mejor que pudo en una situación muy complicada. Es justo afirmar que las comisiones de la verdad tienen éxito cuando son vistas por el público como un esfuerzo de la comunidad nacional para afrontar su propia realidad de conductas atroces entre sus miembros. Desde esta óptica, el presidente Nelson Mandela, atendiendo al consejo de un panel de la comunidad que propuso a los candidatos para la Comisión de la Verdad y la Reconciliación, decidió acertadamente no emplear las dos plazas para miembros foráneos

26 Véase Reed Brody, *Impunity Continues in Haiti,* NACLA Report on the Americas; sept.-oct. 1996, 1. También, como parte de los acuerdos de paz en Guatemala, las Naciones Unidas está financiando una Comisión de Esclarecimiento Histórico. Esta estará conformada por dos guatemaltecos y un extranjero. Aunque sus términos de referencia, tal como han sido acordados por el Gobierno y la antigua guerrilla, no dan mucho margen para la esperanza, el nombramiento del jurista alemán Christian Tomuschat como el miembro no guatemalteco es un primer paso auspicioso. Como relator especial de las Naciones Unidas sobre Guatemala a inicios de los noventa, Tomuschat se distinguió como un relator que no ocultaba los hechos.

contempladas en el estatuto y compuso la comisión exclusivamente con sudafricanos. Esta convicción de que los esfuerzos de revelación de la verdad son fundamentalmente una tarea nacional motiva a ser muy escépticos sobre la reciente propuesta de crear una "comisión de la verdad permanente" patrocinada por Naciones Unidas[27]. Como ya se ha dicho, los relatores especiales, los grupos de trabajo y otros mecanismos de Naciones Unidas realizan un trabajo dispar, pero adecuado en términos generales, de descripción y análisis de los hechos a la luz del derecho internacional de los derechos humanos; no hay necesidad de un organismo permanente que solo duplicaría lo que aquellos hacen. Lo que importa más a la comunidad internacional es que se haga justicia. La propuesta de crear una comisión de la verdad permanente no pretende desdeñar la importancia que tienen los éxitos de los tribunales para la antigua Yugoslavia y para Ruanda, pero sí pasa por alto que el mayor desafío que se tiene al frente es el de sostener las decisiones de tales tribunales en lugar de permitir que los líderes mundiales hallen excusas para ignorarlos.

Cuando los que proponen la *verdad como posición alternativa* mencionan a Zalaquett, tergiversan su punto de vista. Zalaquett ha estado frecuentemente de acuerdo con que los crímenes de lesa humanidad conllevan la obligación de castigarlos, aun cuando argumenta que el concepto necesita ser profundizado[28]. Él nunca ha sugerido que los Estados no deban castigar cuando pueden hacerlo, sino que no podemos esperar un alto grado de cumplimiento en esa materia. Incluso ha elogiado al presidente Aylwin por no ampliar el ámbito de la impunidad en Chile, en contraste con las leyes de pseudoamnistía aprobadas por los Gobiernos democráticos de Argentina y Uruguay[29] .

Sin embargo, sería un error asumir que Krauthammer y los otros simplemente no han leído cuidadosamente a Zalaquett. Los artículos de Zalaquett sí favorecen la revelación de la verdad en lugar de la justicia y reflejan escepticismo sobre los procesos penales. Su insistencia en que los líderes que enfrentan un legado de violaciones de los derechos humanos se guíen por una *ética de responsabilidad* refuerza esa

27 Michael P. Scharf, "The Case for a Permanent International Truth Commission 3", Documento presentado en *Justice in Cataclysm*, conferencia internacional auspiciada por Duke University School of Law y la oficina del Fiscal del Tribunal Internacional para la antigua Yugoslavia y Ruanda, 20-21 de julio de 1996 (documento en archivos del autor).

28 *State Crimes*, *op. cit*. (nota 2).

29 *Dealing with the Past*, *op. cit*. (nota 18), p. 105.

impresión[30]. Zalaquett cita a Max Weber sobre la necesidad de seguir una *ética de responsabilidad*, en contraposición a una *ética de convicciones* (también traducida como una *ética de los fines últimos*)[31]. No está claro en realidad qué aporte hace esta distinción al debate, puesto que —según lo admite el propio Zalaquett— Weber reconoce que, así como una ética de responsabilidad no implica falta de convicción, tampoco una ética de convicción implica falta de responsabilidad.

Max Weber ha hecho una grandísima contribución a la sociología moderna, pero esta incursión en la filosofía moral que cita Zalaquett resulta menos convincente. El que cada persona deba actuar responsablemente (en el sentido de medir los posibles resultados de sus propias acciones, aunque no sean los deseados) no dice mucho sobre la moralidad o inmoralidad intrínseca de estas acciones. En efecto, induce a juzgarlas, exclusivamente, por sus potenciales resultados indeseables y no por los propósitos o significados de la conducta humana. En este sentido, la dicotomía de Weber lo ubica en la línea de la filosofía consecuencialista, cada vez más cuestionada. Para ser más precisos, aplicar la *ética de la responsabilidad* al presente tema significa que si se va demasiado lejos en la responsabilización, se corre el riesgo de que los enemigos de la justicia (quienes aún conservan algún poder) puedan de nuevo interrumpir el proceso democrático y volver a las políticas de violaciones de los derechos humanos. Ello puede muy bien ser cierto, pero un análisis basado en la ética de la responsabilidad achaca injustamente a fuerzas democráticas bien intencionadas las probables consecuencias negativas, las cuales son el resultado de la conducta de otros actores, y solo en forma secundaria (si acaso) de las fuerzas democráticas.

Es fácil estar de acuerdo en que no tiene sentido urgir a los líderes a actuar precipitada e irresponsablemente. Insistir en un castigo sin el debido proceso, por ejemplo, sería irresponsable, no por las posibles consecuencias (por ejemplo, las reacciones de los enemigos de la democracia), sino porque la búsqueda de la justicia abandonaría así sus más altos principios morales. En la ausencia de obstáculos legales insuperables para iniciar procesos legales, el problema yace en establecer

30 José Zalaquett, "Balance entre imperativos éticos y limitaciones: el dilema de las nuevas democracias confrontando un pasado de violaciones a los derechos humanos", *Hastings Law Journal*, vol. 43, n.° 6, agosto de 1992, 1425-38.

31 *Ib*., citando a Max Weber, "La política como una vocación", en *Max Weber ensayos de sociología*, H. H. Gerth y C. Wright Mills, eds. y trads., 1946.

los límites de lo que se puede alcanzar, dadas las particularidades de cada transición. Presionar a los líderes para que sean antes que nada "responsables" parece que deja una gran puerta abierta para las excusas para la inacción, y para aceptar el *statu quo* de la impunidad, ante violaciones flagrantes. Peor aun, transmite el mensaje de que es sumamente ético gobernar cediendo al evidente chantaje de las poderosas fuerzas antidemocráticas.

En particular, establecer un patrón universal de *liderazgo responsable*, sin insistir simultáneamente en el derecho que se debe reconocer a las víctimas, conduce a asumir que los procesos penales son desestabilizadores por naturaleza; mientras que el informe de una comisión de la verdad será, presumiblemente, mejor asimilado por los enemigos de la democracia. La experiencia muestra, sin embargo, que estos están, probablemente tan preocupados, por la posibilidad de que la verdad se revele, como lo están por la amenaza de que algunos de ellos tengan que afrontar procesos judiciales. Lo mejor sería que abogáramos con firmeza por las obligaciones que se tienen para con las víctimas y la sociedad, y luego analizáramos cuidadosamente, y de una manera particularizada, qué se puede hacer, y qué sería irresponsable intentar.

Poner énfasis en las limitaciones, en vez de hacerlo sobre las posibilidades, también equivale a asumir que cualquier cosa que se haga es lo mejor que podía hacerse bajo esas circunstancias. Aunque cada transición es definitivamente distinta, ello no es suficiente para explicar la amplia brecha que existe entre el grado de responsabilización que fue alcanzado en Argentina comparado, por ejemplo, con el de Uruguay o Brasil. Hay que incorporar el factor del compromiso relativo de los distintos líderes políticos con los valores de los derechos humanos y con el Estado de derecho, así como con la diversa capacidad del movimiento pro derechos humanos (interno e internacional) para introducir su agenda dentro del debate nacional. Líderes democráticos muy respetados, como Julio Sanguinetti y Wilson Ferreira de Uruguay, por ejemplo, podrían afirmar que actuaron responsablemente cuando prestaron su apoyo a una política de impunidad, cediendo al chantaje de los militares uruguayos[32]. En retrospectiva, pudo haber sido útil

32 En Uruguay, los militares permitieron la transición solo después de que un pacto secreto impidiera a Ferreira presentarse para la presidencia, y en el que los principales líderes políticos se comprometieron a no investigar las violaciones de los derechos humanos. Cuando las presiones sociales forzaron la intervención judicial, el Gobierno de Sanguinetti introdujo la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del

que Sanguinetti y Ferreira escucharan de parte de la comunidad internacional una voz más fuerte en apoyo a los esfuerzos de las víctimas uruguayas y de la comunidad pro derechos humanos por restablecer la justicia.

Indudablemente, insistir en procesos judiciales en presencia de un importante obstáculo legal, como la preexistencia de una ley de amnistía que haya adquirido plena vigencia, sería irresponsable porque subvertiría el Estado de derecho que nosotros mismos proclamamos, y porque violaría el principio fundamental de *nullum crimen nulla poena sine lege* (no hay delito ni pena sin ley anterior). Pero promover que las autoridades democráticas den amnistías y perdones es algo completamente diferente. En el caso de Chile, uno puede aceptar las limitaciones objetivas que el retiro obligatorio de Pinochet impuso al nuevo Gobierno, sin perjuicio de criticar la autoamnistía de 1978 como un acto vergonzoso. La comunidad internacional debería reconocer el mérito de que, aun con dichas limitaciones objetivas, la sociedad chilena haya logrado un alto grado de responsabilización, pero no hay por qué convertir una necesidad en una virtud.

5.3. Tercera concepción errada: los procesos penales son intrínsecamente adversos a la paz y la reconciliación

Una concepción errada muy frecuente en este debate es que los procesos penales son por definición adversos a la paz y la reconciliación. El Protocolo II de las Convenciones de Ginebra (aplicable a los conflictos internos de naturaleza particularmente intensa) en realidad promueve amplias y generosas amnistías mutuas para poner fin al conflicto. Pero esa amnistía se refiere a los delitos de sedición o rebelión, y a violaciones relativamente menores del derecho de guerra por parte de las fuerzas gubernamentales. No está destinada a fomentar la impunidad para ataques contra civiles o para serios crímenes contra la vida y la integridad de la persona del adversario. Para *violaciones graves* del derecho de la guerra, por el contrario, existe una clara obligación de

Estado, prácticamente equivalente a una amnistía general. Los grupos pro derechos humanos organizaron una campaña a favor de convocar a un plebiscito para revocar dicha ley. Sanguinetti apoyó abiertamente la vigencia de la ley, argumentando que un golpe de Estado era inevitable, y efectivamente convocando a los uruguayos a elegir entre justicia y democracia. La petición de revocatoria fue derrotada por un estrecho margen. Véase Cynthia Brown y Robert K. Goldman, “Challenging Impunity: The “Ley de Caducidad” y “Referendum Campaign in Uruguay”, *Americas Watch*, Nueva York, 1989; Lawrence Weschler, *A Miracle, A Universe*, Pantheon, Nueva York, 1990.

castigar[33]. Independientemente de si se trata o no de una obligación legal de carácter vinculante, está claro que la amenaza de la persecución penal puede ser un factor definitivo para desalentar a los actores del conflicto armado a seguir recurriendo a la violencia. Sin embargo, no se deduce necesariamente que una amnistía general para ambos lados sea la única forma de actuar en interés de la paz. En efecto, hay argumentos de mucho peso para afirmar que una paz duradera solo es posible cuando se ha alcanzado a través de un proceso que enfrente cuidadosa y honestamente las violaciones de los derechos humanos y al derecho de la guerra cometidas por todos los bandos.

Que el objeto de todo el proceso sea obtener la reconciliación en sociedades desgarradas por el conflicto debería estar fuera de discusión. Desafortunadamente, los movimientos pro derechos humanos han sido reacios a adoptar la reconciliación como meta, quizá porque la palabra ha adquirido una connotación negativa en la forma en que ha sido utilizada por los partidarios de la impunidad. El resultado, en cualquier caso, es que las organizaciones de derechos humanos han sido tildadas de enemigas de la reconciliación y acusadas de poner obstáculos a la superación del pasado. Por el contrario, las organizaciones de derechos humanos deberían introducir la reconciliación en su agenda, insistiendo en su verdadero significado. En primer lugar, la verdadera reconciliación no puede imponerse por decreto; tiene que construirse en la mente y el corazón de todos los miembros de la sociedad, a través de un proceso que reconozca el valor y la dignidad de cada ser humano. En segundo lugar, la reconciliación requiere del conocimiento de los hechos. No se puede demandar (ni esperar) el perdón a menos de que quien debe perdonar sepa exactamente qué es lo que está perdonando. Tercero, la reconciliación solo puede venir después del arrepentimiento. Exigir que las víctimas perdonen sin ofrecer a cambio un gesto de contrición o sin reconocer que se ha obrado incorrectamente es como añadir mayor vileza a los crímenes del pasado.

Una última objeción contra los procesos penales es que estos no tienen la posibilidad de abarcar todas las posibles violaciones, o de juzgar a cada uno de los perpetradores. Esta inevitable selectividad, se dice, desacredita el esfuerzo porque instantáneamente sugiere la

33 Artículo 146, IV Convención de Ginebra Relacionada con la Protección de los Civiles en Tiempo de Guerra, 12 de agosto de 1949. Como se afirmó anteriormente (véase texto adjunto en 12) esta norma, aplicable solo a conflictos internacionales, ha sido extendida también a las guerras civiles.

posibilidad de discriminación y favoritismo[34]. El riesgo de la selectividad está igualmente presente en los ejercicios de decir la verdad, pero eso no parece importar a los partidarios de los informes de la verdad como alternativas a la justicia. La selectividad es ciertamente inevitable, pero también es parte de las reglas del juego de los procesos judiciales. Ningún sistema de justicia en el mundo pretende que se sancione a todos y cada uno de los casos de conducta antinormativa. En este tipo de procesos hay un factor autoselectivo inicial que consiste en que, en muchos de los casos, simplemente no habrá evidencias suficientes para iniciar juicios. Si la consigna fuera condenar y castigar a todos los perpetradores sin considerar las evidencias, estos juicios no serían congruentes con el Estado de derecho. Se pueden perder casos por falta de pruebas, y se deben perder si se violan las garantías para un juicio justo; este elemento de incertidumbre, y especialmente el hecho de que los acusados tienen la oportunidad de ganar, es lo que distingue a los juicios justos de la falsa justicia[35]. Es más, una cierta selección basada en el grado de culpabilidad no solo es necesaria, sino también legítima. No hay nada negativo en la selectividad, siempre y cuando las reglas sean claras y no discriminen sobre la base de una categoría prohibida[36]. Estas reglas también deberían ser razonables y claras para el público y no sujetas a cambios para favorecer las necesidades políticas del momento o para aliviar presiones sobre los líderes democráticos[37]. En este punto hay considerables

34 Conferencia de David Forsyth, “Legal Justice for Human Rights Violations: A Political Analysis”. Instituto Kroc para la Paz Internacional, Universidad de Notre Dame, 5 de febrero de 1996.

35 Sobre la legitimidad normativa que se deriva de la incertidumbre en los juicios, véase Mark J. Osiel, “Ever Again: Legal Remembrance of Administrative Massacre”. *U. Penn. L. Rev*., vol. 144, n.° 2, diciembre de 1995, p. 680.

36 ICCPR, año 26.

37 En este punto estoy en desacuerdo con José Zalaquett y Aryeh Neier sobre qué fue lo que salió mal en Argentina. Zalaquett cree que la administración de Alfonsín fue inicialmente demasiado lejos (y presumiblemente actuó bajo una ética de convicción, no de responsabilidad) y fue forzada por las circunstancias a volver atrás (véase *See Dealing with the Past*, *op. cit*., nota 18, pp. 15, 39, 88). Similarmente, Neier escribe que, en retrospectiva, hubiera sido mejor que Argentina limitara las persecuciones a los altos comandantes y paralelamente publicara los crímenes cometidos por oficiales de menor rango, y no que intentara procesar a otros perpetradores en niveles inferiores de la cadena de mando, arriesgándose a provocar las revueltas militares que a la larga forzaron al Gobierno de Alfonsín a dar marcha atrás (Aryeh Neier, “What Should be Done about the Guilty?”, *The New York Review of Books*, 1 de febrero de 1990). El apoyo para los procesos judiciales y el castigo efectivo aumentaba con cada paso que se tomaba en dirección a la responsabilización, y con cada objeción estruendosa de los militares. No había bases legales o morales para restringir los procesos a los altos

consensos entre activistas de derechos humanos, en el sentido de que los procesos deben empezar, si es posible desde lo más alto, sin permitir apelar a la obediencia como defensa, cuando haya existido una clara oportunidad de resistir a estas órdenes inmorales.

6. Argumentos a favor de los procesos penales

6.1. Justificación moral para los procesos penales

Estas ideas no significan establecer, en absoluto, preferencia por los procesos penales, sobre los ejercicios de decir la verdad, ni sobre cualquiera de los otros dos deberes mencionados anteriormente. Como se estableció al inicio, las cuatro obligaciones deben ser asumidas por el Estado y cumplidas de acuerdo con sus mejores posibilidades. No obstante, estas ideas definitivamente pretenden objetar un razonamiento que hace aparecer a la decisión de procesar penalmente como menos favorable. No hay duda de que los procesamientos son la elección más difícil entre las cuatro opciones, y deben por lo tanto estar plenamente justificadas en términos morales.

En este sentido, una posición que justifique el procesamiento exclusivamente por sus propósitos disuasivos no constituye base suficiente para fundamentar procesos judiciales. Como Aryeh Neier ha dicho repetidamente, la disuasión de futuras violaciones no es una base confiable para el castigo, puesto que no podemos predecir la conducta futura de los actores relevantes. Las sociedades solo pueden esperar que el castigo disuada al transgresor, así como a otros potenciales ofensores, pero nunca pueden asumir que así ocurrirá. Si justificadamente criticamos el dogma que considera *a priori* que la pena de muerte es un efectivo agente disuasivo para el crimen, cuando la información estadística muestra lo contrario, no podemos afirmar así de fácil que la persecución y el castigo de los crímenes de Estado podrán prevenir futuras violaciones por los mismos o por otros actores estatales. En algunas situaciones específicas es posible mostrar que una política de impunidad a través de repetidas leyes de amnistía, o simplemente por rehusarse de facto a investigar los

oficiales, sin violar el principio de que la obediencia a las órdenes no es una defensa en estos crímenes. Decidir si en cada caso había o no capacidad para resistirse a cumplir órdenes manifiestamente ilegítimas es un asunto que debía haberse dejado a los jueces, sobre la base de un análisis caso por caso. Finalmente, definitivamente había presiones militares pero el país había demostrado capacidad para resistirlas.

crímenes cometidos por las fuerzas de seguridad, da como resultado un impulso a nuevas violaciones de los derechos humanos[38]. Pero la afirmación opuesta no es necesariamente cierta. Y bien podría ser cierto que, en una situación dada, una política que favorezca el perdón fuera lo más apropiado para evitar la recurrencia de violaciones graves; pero esa proposición tampoco puede ser categóricamente probada.

Junto a la disuasión, la retribución es el otro objetivo tradicionalmente asignado al castigo criminal. Para los propósitos de este ensayo, parece innecesario adherirse a una u otra teoría del castigo. Provisionalmente, sin embargo, puede decirse que la disuasión por sí sola no parece explicar por qué las sociedades sancionan, si bien el efecto disuasivo debe ser el resultado al que la sociedad aspira cada vez que se aplica una sanción penal. Las sociedades castigan a criminales en algunas situaciones en donde la reincidencia es improbable, y donde el efecto disuasivo sobre la conducta de otros no es demostrable.

El hecho de que la moderna ciencia penal busque la rehabilitación del reo tampoco es contradictorio con una teoría del castigo que reconozca un espacio para la retribución, puesto que la rehabilitación es el objeto de la sanción, no la razón por la cual el comportamiento es penalizado. En cualquier caso, la retribución no debe necesariamente ser vista como una política de venganza. En su forma más pura, la retribución simplemente dice que la sociedad no tolera el comportamiento que quebranta las reglas. Y esto es aún más importante cuando esas reglas protegen al inocente y al indefenso. Una teoría actualizada de la sanción, por lo tanto, se centra en la víctima, en la necesidad de corregir el daño infligido: las sociedades castigan porque esto expresa a la víctima que su situación no pasa desapercibida[39]. Esto no equivale a un intento de resucitar la teoría de los 'derechos de las víctimas' que, en los Estados Unidos, es a menudo usada para constreñir a los jueces a imponer ciertas condenas, incluyendo la pena capital, y que en ocasiones es invocada incluso para justificar la remoción de un fiscal de un cierto caso porque su 'dureza' no

38 Ken Roth, *op. cit*. (nota 22); Cynthia Brown, "Peru under Fire", Prensa de la Universidad de Yale. *Human Rights Watch Books, 1992*, p. 11; Carlos Chipoco y Juan E. Méndez, "Tolerancia frente a los abusos: violaciones a los derechos humanos en el Perú", Americas Watch y Comisión Andina de Juristas, Lima, octubre de 1988, pp. 7-9: Cynthia Amson y Robin Kirk, "State of War: Political Violence and Counterinsurgency in Colombia", Human Rights Watch/Americas, Nueva York, 1993, pp. 16-28: Juan E. Méndez, "The Killings in Colombia", Americas Watch, Nueva York, 1989, p. 2.

39 Aryeh Neier, en *Dealing with the Past*, p. 99; *What Should Be Done*, p. 34.

responde a la que el político requiere[40]. Las víctimas no tienen derecho a una forma o a una cantidad específica de penalidad, pero sí tienen el derecho a ver que se haga justicia a través de un proceso. Por lo tanto la preocupación de Zalaquett, en el sentido de que las víctimas no deben tener poder de veto sobre cómo la sociedad decide castigar, es errónea: las mayorías no tienen derecho a decir a las víctimas que sus casos serán olvidados en aras de un 'bien' superior. Las víctimas tienen derecho a un proceso que les restaure completamente el goce de sus derechos y la dignidad y valor que la sociedad les debe a cada uno de sus miembros. La clemencia, si es procedente, solo puede venir después de que este proceso haya sido plenamente cumplido.

Una justificación moral para el castigo que ha sido ofrecida en Argentina es probablemente una variante de la teoría de la justicia retributiva, pero es especialmente atractiva en este contexto. Sostiene que cuando se trata de tortura, asesinatos y desapariciones, las sociedades deben castigar estos actos por respeto a la norma que prohíbe dichas conductas. No solo es un problema de restablecer el Estado de derecho, ni de hacerlo porque el imperio de la ley protege al individuo contra otras fuerzas de la sociedad. Es el alto valor que atribuimos a estas normas en particular (por ejemplo, a la prohibición de la tortura, los asesinatos auspiciados por el Estado y las desapariciones) lo que genera la obligación de castigarlas[41]. En países que luchan por salir de las dictaduras y el autoritarismo, este argumento parece decir mucho sobre la nueva sociedad que el pueblo está tratando de establecer. En estos casos, por lo tanto, castigamos la tortura, el asesinato, y las desapariciones porque queremos trazar una marcada 'línea divisoria' respecto al pasado: a partir de ahora ya no habrá más acusados privilegiados, el sufrimiento de las víctimas no será ignorado, y el abuso de poder será vigilado[42].

Un argumento final a favor de los procesos penales es que estos son la forma más efectiva de separar la responsabilidad colectiva de la responsabilidad individual, y de remover el estigma que los crímenes

40 Rachel L. Swarns, "A Killing in the Bronx: The Overview; Governor Removes Bronx Prosecutor from Murder Case", *The New York Times*, 22 de marzo de 1996.

41 Marcelo Sancinetti, "Los derechos humanos en la Argentina post dictatorial". Lemer Editores Asociados, Buenos Aires, 1988.

42 Soy consciente de que la línea divisoria es una analogía usada por el ex primer ministro polaco Mazowiecki y por Adam Michnik, en apoyo de una política de no procesar a los líderes del antiguo régimen comunista. Uso aquí esa analogía sin ningún sentido irónico.

históricos hacen recaer sobre miembros inocentes de una comunidad, que son colectivamente culpados por las atrocidades cometidas contra otras comunidades. Un elocuente argumento al respecto fue hecho recientemente por el juez Richard Goldstone, el fiscal general de los tribunales criminales internacionales para la antigua Yugoslavia y Ruanda[43]. El argumento es especialmente apropiado a la necesidad de quebrar el ciclo de la violencia étnica, porque los procesos judiciales permitirían a las comunidades victimizadas distinguir entre los miembros ordinarios de grupos rivales y los individuos que manipularon sus miedos con fines políticos. También se aplica, *mutatis mutandi*, a países donde los abusos no estuvieron vinculados a cuestiones étnicas. En Argentina, por ejemplo, la población civil podría estar hoy en día más reconciliada con las fuerzas armadas democráticas si las pseudoamnistías no hubieran permitido a una relativa minoría de oficiales, muy culpables, buscar refugio en un *esprit de corps* mal entendido. En cambio, conforme sucedieron las cosas, les está tomando un largo tiempo a los argentinos reconocer que fue una pandilla de asesinos uniformados, y no necesariamente las fuerzas armadas como tales, las que cometieron las masacres de los años setenta.

6.2. Procesos judiciales y memoria

Aun desde la perspectiva de que la meta principal sea decir la verdad, cuando los asesinos se aferran al silencio y a la negación no parece evidente que el informe de una comisión de la verdad sea más efectivo que los procesos judiciales. Hay dos claras ventajas de las comisiones de la verdad a este respecto: una es la concentración del esfuerzo en un tiempo limitado y la capacidad de ensamblar la información desde fuentes diversas; la otra es el proceso mismo que usualmente se establece, en esas comisiones, por medio del cual las víctimas y sus familiares son 'escuchados' y respetados en su dignidad, de un modo en que no lo habían sido antes. En contraste, los tribunales necesariamente deben tratar los casos en etapas definidas, tratar a las víctimas en forma más o menos neutral como testigos, y están limitados en la recolección de evidencia —y aun en su análisis— por reglas más estrictas de admisibilidad[44]. Pero estas

43 Véase Lawrence Weschler, "Inventing Peace", *The New Yorker*, 20 de noviembre de 1995. Un argumento similar es ofrecido por Kenneth Roth en un ensayo introductorio de Human Rights Watch, "World Report 19962, Nueva York, diciembre de 1995, p. XV.

44 Esta comparación es solo general; sin perjuicio del derecho de los acusados a un juicio justo, el poder judicial argentino juzgó simultáneamente una multiplicidad de

ventajas comparativas a favor de las comisiones de la verdad presuponen que el ejercicio sea conducido en forma creativa, de buena fe, y con el tiempo y recursos adecuados, lo cual no siempre es el caso.

Por su parte, los juicios ofrecen sus propias ventajas a la hora de promover la verdad y el reconocimiento. La figura de dos adversarios formales, con la capacidad de competir con iguales armas en el establecimiento de la verdad, y confrontar y examinar la evidencia del oponente, resulta en un veredicto del que es difícil dudar. No hay, por cierto, infalibilidad en el tratamiento judicial de la evidencia, pero la verdad así establecida tiene una calidad "probada" que la hace más que persuasiva. Esto obviamente presupone garantizar juicios justos, pero, como se estableció al principio, deberíamos de todas formas rechazar cualquier esfuerzo que no cumpla con este requisito.

Los procesos judiciales contribuyen a la verdad, sin embargo, solo si son usados para su verdadero propósito. Cualquier intento de convertirlos en juicios 'históricos' o en instrumentos para 'resolver' un largo conflicto político, social o ideológico, corre el riesgo de fallar en dos aspectos: puede resultar en una burla de la justicia, así como en *una verdad* imaginaria o insatisfactoria. Con el fin de servir a los propósitos de la verdad, una corte debe observar estrictamente las garantías de debido proceso, conducir sus análisis de acuerdo con los principios de la ley penal y poner el acento en la responsabilidad individual de la conducta de cada persona. La estricta adherencia a los principios de la responsabilidad penal no excluye la posibilidad de condenas basadas en las teorías de la responsabilidad del mando, del *dominio del hecho* e incluso de la conspiración, siempre y cuando cada elemento del crimen sea escrupulosamente establecido en la evidencia. Pero sí excluye el castigo de formas de colaboración, adulación y apoyo, que pueden ser moralmente despreciables, pero no ilegales en el momento en que tuvieron lugar. Se deduce que un intento por hacer un "ajuste de cuentas" histórico puede acarrear un sesgo de la justicia[45]. Para citar a otro autor de importancia:

actos criminales. Invariablemente, las víctimas que fueron escuchadas como testigos en estos procesos dijeron que se sintieron reivindicados por el proceso mismo. En el famoso juicio de Paul Touviercn-Francia, *op. cit*., nota 341, p. 704, citando *Le Monde*, 10 de abril de 1994). Además, las comisiones de la verdad pueden ser más receptivas hacia las víctimas, pero para mantener la credibilidad tienen que mantenerse a sí mismas un tanto separadas de las historias que escuchan.

45 Véase la perspicaz y bien documentada visión del tema por Mark J. Osiel, *op. cit*. (nota 34).

> Así como la fe corresponde a la iglesia, la educación histórica corresponde a la escuela. Cuando las cortes son utilizadas para dar lecciones de historia, el riesgo de montar juicios-espectáculo no está lejos. Puede que los juicios-espectáculo sirvan bien a propósitos políticos (...) pero dichos propósitos no necesariamente contribuyen a la verdad[46].

En efecto, no tiene sentido tratar de poner fin a una disputa sobre la historia a través de procesos judiciales o de cualquier otra manera, porque la historia no puede ser 'oficialmente' escrita de un modo tal que no haya más diferencias en su interpretación. A lo más que podemos aspirar es a establecer correctamente los hechos, para que la discusión acerca de su significado pueda ir tan lejos como sea necesario. Mark Osiel argumenta que los procesos judiciales pueden a pesar de todo ser de gran ayuda en caso de desacuerdos persistentes, al trasladar el conflicto fuera del ámbito de la violencia y mantenerlo dentro de límites no letales. Esta aproximación, que Osiel llama liberal, se distingue de la creencia de Durkheim de que los juicios criminales pueden obtener consensos sobre aspectos morales, así como de la visión postmoderna que afirma que cualquier acuerdo es por definición imposible. El mérito del enfoque liberal de Osiel es que inspira respeto entre los adversarios y promueve la solidaridad social, puesto que todas las partes aceptan las reglas a través de las cuales se establecerán los hechos y determinarán responsabilidades. También permite que el desacuerdo se desarrolle sobre la base de una serie de hechos plenamente establecidos y *confronta a quienes tienen algo que esconder con la evidencia que ellos mismos han tratado de evitar que salga a luz*[47].

7. Principios universales y diferentes soluciones

Los problemas de la transición en Europa del Este y su propio legado de violaciones de los derechos humanos durante la era comunista son claramente diferenciables de los de América Latina. Las características más destacadas de la represión en Latinoamérica fueron las ejecuciones

46 Ian Buruma, "El peso de la culpa: memorias de guerra en Alemania y Japón", Farrar Straus Giroux, 1994, p. 142.

47 Una dramática excepción a esta generalización la constituyen las masacres de campesinos a gran escala en la Unión Soviética, bajo Stalin.

extrajudiciales, las desapariciones y la tortura a lo largo de un período relativamente corto, pero trágico, en la vida de cada país. Para todos estos actos, es relativamente sencillo destacar un número manejable de víctimas y, más importante aún, identificar a los ejecutores, instigadores y autores intelectuales. En contraste, la represión en Europa del Este duró numerosas generaciones; impuso un exhaustivo control social a través de redes de información y vigilancia y asfixió a los disidentes a través del ostracismo profesional y social, pero muy rara vez llegó a atentar contra los derechos a la vida y a la integridad física. En semejante contexto, la responsabilidad penal es más difícil de establecer, puesto que estas acciones no eran ilegales según las leyes entonces vigentes, y la responsabilidad moral se percibe como algo compartido por grandes segmentos de la población. Por esta razón, los activistas de derechos humanos de esos países han estado más a favor de la memoria que del castigo[48]. Sudáfrica es el último país que se ha embarcado en un ambicioso programa de verdad y reconciliación como parte de su propio esfuerzo por dejar atrás *el apartheid*. Aparentemente, la represión en Sudáfrica combinó las peores características encontradas en América Latina y en Europa del Este, lo que hace aún más complejos los problemas de la responsabilización.

No obstante, las cuatro obligaciones delineadas anteriormente son universalmente aplicables dentro de las condiciones de legitimidad que ya se discutieron. En primer lugar, la obligación de castigar que se ha sostenido aquí se aplica a violaciones tan serias que pueden calificarse como crímenes contra la humanidad, y no a actos de vigilancia disuasiva, limitaciones a la libre expresión y asociación, detenciones arbitrarias temporales, negación del debido proceso y supresión de la libertad religiosa. Para este tipo de violaciones, no obstante, un sano interés por las víctimas requiere que la verdad se sepa y se reconozca. El derecho a la reparación y la obligación de depurar de criminales a las fuerzas de seguridad también son aplicables.

Puesto que debemos insistir en el escrupuloso respeto al debido proceso, las leyes *purificadoras ("lustration" laws),* que se han aplicado en distintas modalidades en Europa del Este, casi siempre constituyen

48 Véase el enfoque de la organización llamada Memorial y del líder de los derechos humanos, Sergei Kovalyov, citados por Aryeh Neier, "What Should Be Done…", *op. cit*. (nota 38). En algunos casos, las objeciones penales se han extendido a todas las formas de responsabilización, supuestamente porque ellas no conducirían a la conciliación; véase Wiktor Osyatinski en *Dealing with the Past*, *op. cit*. (nota 18), pp. 59-63.

un castigo sin juicio justo, y por lo tanto merecen el más firme rechazo. Por otro lado, Europa del Este debería ser alentada a encontrar vías para que toda la verdad se conozca y haga pública, sin producir consecuencias adversas para individuos que no tengan oportunidad de defenderse en un juicio. Los archivos de los servicios de seguridad deben hacerse accesibles al público; el error es atribuir efectos jurídicos a su contenido sin mayores cuestionamientos, sobre si se ajustan o no a la *verdad*. Un proceso que permita a los individuos demostrar la falsedad de la información sustantiva contenida en dichos archivos debe incorporarse a la decisión de hacerlos públicos. La democracia y el Estado de derecho exigen que los archivos del Estado no sigan siendo secretos; su revelación, de hecho, contribuirá a los propósitos de la verdad y la reconciliación, siempre y cuando se haga guardando el equilibrio con el respeto a los derechos a la privacidad y a la honra de los individuos que se vean estigmatizados por su publicación.

Asimismo, debemos criticar los intentos de procesar bajo principios artificiales de lo que era legal o no de acuerdo con la legislación vigente en el momento de los hechos. Y debemos condenar con igual firmeza los intentos por castigar a los pequeños engranajes en la máquina de la represión, mientras se permite que los autores intelectuales y principales ejecutores sigan libres[49]. Las limitaciones y peligros de utilizar los tribunales para resolver diferencias históricas se pueden aplicar muy bien a ciertas contorsiones legales que caracterizan a algunos intentos cumplidos en Alemania, de castigar violaciones de los derechos humanos cometidas por funcionarios del Este[50]. Pero estos pasos *en falso* no invalidan los intentos de responsabilización en Europa del Este, ni justifican la preferencia de muchos por barrer con el pasado reciente y esconderlo bajo la alfombra. Particularmente, el decir la verdad, las reparaciones integrales, depurar las fuerzas de seguridad de criminales plenamente identificados son medidas que deberían tener lugar haya o no procesos penales; y para violaciones de los derechos humanos particularmente graves, como el asesinato del padre Popieluzko, después de un juicio justo, corresponden el procesamiento y el castigo.

---

49 Véase Tina Rosemberg, *The Haunted Land: Facing Europe´s Ghosts after Communism*. Random House, Nueva York, 1995; este libro ha sido revisado por Timothy Garton Ash en "Central Europe: The Present Past", *The New York Review of Books*, 13 de julio de 1995.

50 A. James McAdams, "El Juicio de Honecker: el pasado de Alemania del este y el futuro de Alemania", artículo n.° 216 del Instituto Kellogg, Universidad de Notre Dame, enero de 1996.

8. Conclusión

Los partidarios de la responsabilización han ganado mucho terreno en los últimos doce años. El tema está firmemente instalado en la agenda de los principales desafíos de nuestros tiempos. Pero aún hay que enfrentar algunas batallas ideológicas, especialmente para superar la falta de creatividad y de visión que a menudo se trata de hacer pasar como prudencia y r*ealpolitik*. Como en el pasado, no es suficiente insistir en los principios morales. Debemos reconocer las limitaciones políticas al mismo tiempo que insistimos en verlas desde un punto de vista objetivo y libre de ideas preconcebidas. Lo importante no es tanto imponer un conjunto de obligaciones a los líderes democráticos, sino encontrar los medios para que la comunidad internacional pueda efectivamente apoyar los esfuerzos de algunos de estos líderes —y de organizaciones de la sociedad civil— para alcanzar la responsabilización. En un mundo marcado por la globalización, este apoyo es crucial para la legitimidad y aceptabilidad de sus esfuerzos, y ha estado lamentablemente ausente. También es el momento de revisar el marco teórico bajo el cual hemos venido discutiendo estos temas. La exposición de los principios morales y las limitaciones políticas que hicieron en un principio, entre otros, José Zalaquett y Aryeh Neier, fueron inmensamente útiles cuando confrontamos nuevas situaciones con relativamente poca experiencia para guiarnos. Seguramente seguirán siendo útiles, pero después del rápido desenvolvimiento de muchas nuevas experiencias, es tiempo de revisar todas sus afirmaciones y examinar cuáles continúan siendo aplicables.

ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y JUSTICIA TRANSICIONAL: LECCIONES DE LA EXPERIENCIA LATINOAMERICANA*

*Elizabeth Salmón***

Es bien sabido que el ámbito de aplicación del derecho internacional humanitario (DIH) no comprende la situación previa al desencadenamiento del conflicto armado ni los efectos que se generan una vez concluido este. No obstante, resulta innegable que existe una vinculación intensa entre cómo se comportan los actores dentro de un conflicto armado y las posibilidades reales de consecución de la paz y reconciliación, e incluso la conformación de un Estado de derecho, tras la finalización de las hostilidades. Y es que ciertamente el respeto o violación del DIH predispondrá la actuación del Poder Judicial, la situación de las eventuales víctimas y la correlación de fuerzas en el período después del conflicto.

Dado que se ha venido a denominar justicia transicional precisamente al proceso de transición política que enfrentan sociedades salidas de períodos de violencia en que se han cometido graves violaciones de los derechos humanos y en las que se busca llegar a una reconciliación nacional[1], las páginas que siguen buscan determinar la influencia del DIH en ese tránsito particular.

* Artículo publicado originalmente en Salmón, Elizabeth. "Algunas reflexiones sobre DIH y justicia transicional: lecciones de la experiencia latinoamericana". *International Review of the Red Cross*, n.° 862, junio de 2006. © 2006 International Review of the Red Cross. Publicado con permiso.

** La autora desea agradecer a Andrea Díaz Rozas y Jessica Maeda por las útiles investigaciones realizadas.

1 En el marco de las Naciones Unidas, el concepto de la justicia de transición comprende la totalidad de los procesos y mecanismos relacionados con los esfuerzos de una sociedad por reconciliarse con una herencia de violaciones graves cometidas

Al respecto, la posible relación del DIH con los procesos transicionales puede enfocarse desde dos momentos. El primero corresponde a una etapa anterior al conflicto y está relacionado con el rol preventivo de este ordenamiento. El Estado tiene la obligación de garantizar la aplicación de las normas del DIH[2] a nivel nacional, lo que ayudará a prevenir violaciones graves de sus disposiciones durante el conflicto, permitiendo que el proceso transicional posterior a las hostilidades sea mucho más viable. El segundo enfoque se relaciona con el momento posterior al conflicto, es decir, con el proceso transicional mismo. En esta etapa, las normas relevantes del DIH serán las sancionadoras, que establecen la obligación de poner fin a todas las violaciones del DIH y buscar y enjuiciar a las personas que hayan cometido violaciones graves del DIH en conflictos armados internacionales[3]. Cabe señalar que, en el marco del derecho consuetudinario, también existe la obligación de procesar a las personas que hayan cometido violaciones graves de las leyes y costumbres de la guerra en conflictos armados no internacionales, sobre la base de la tipificación de esos actos como crímenes en el derecho internacional consuetudinario, tal como se reconoce en la jurisprudencia y en los estatutos de los tribunales internacionales[4].

En el presente artículo, se examina la experiencia de algunos Estados latinoamericanos que han sufrido las secuelas de graves violaciones de las normas de los derechos humanos y del DIH. En este punto, y dentro del abanico de posibilidades que proporciona la teoría de la justicia transicional, esos Estados latinoamericanos[5] han optado básicamente por

en el pasado, a fin de asegurar la responsabilización, la administración de justicia y la reconciliación. Esos procesos pueden comprender mecanismos judiciales y no judiciales, con diferentes niveles de participación internacional (incluso ninguna) y enjuiciamientos individuales, reparaciones, búsqueda de la verdad, reformas institucionales, verificación de antecedentes, despidos, o una combinación de estos. Véase “Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos”, documento del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas S/ 2004/619 (de agosto de 2004), p. 4.

2 Artículo común 1 a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949.

3 Arts. 49, 50, 129 y 146 de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, respectivamente.

4 Véase Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia (TPIY), *Prosecutor v. Dusko Tadic*, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, Sala de Apelaciones, 2 de octubre de 1995, párr. 134; art. 4 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR); art. 3 del Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona, y art. 6 (1) (c) y (e) del Estatuto del Panel Especial para Timor Oriental.

5 Diego García Sayán, “Amnistías y procesos democráticos”, en María Ángeles Siemens *et al.* (ed.), *Crisis humanitarias post-conflicto y reconciliación*, vol. 1, Siglo XXI de España Editores, Madrid, 2004, p. 91 y ss.

dos caminos disímiles que muchas veces se han neutralizado entre sí: las comisiones de la verdad[6] y las leyes de amnistía[7].

1. La implementación y el carácter eminentemente preventivo del DIH

Como señala Marco Sassòli, en el caso de una rama del derecho como el DIH, que se aplica fundamentalmente en situaciones anárquicas, ilegales y en las que no suele regir ley alguna, como son los conflictos armados, los mecanismos de aplicación se centran, y tienen que centrarse siempre, en la prevención[8]. En este sentido, la implementación[9], entendida como la puesta en práctica de medidas nacionales de distinta naturaleza destinadas a que las normas internacionales tengan plena vigencia en el derecho interno, constituye uno de los mecanismos más antiguos, pero al mismo tiempo menos recorrido, cuando de asegurar el cumplimiento del derecho internacional se trata[10]. Por ende, la implementación puede caracterizarse como un paso previo para el cumplimiento de las obligaciones internacionales.

De acuerdo con la teoría del desdoblamiento funcional *(dédoublement fonctionnel)* de Georges Scelle[11], los Estados son creadores y destinatarios del derecho internacional. Así pues, como señala Antonio Cassese, "la mayoría de las normas internacionales no pueden funcionar sin la ayuda, la cooperación y el apoyo constantes de los sistemas jurídicos nacionales"[12]. Precisamente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha afirmado esta relación entre implementación y aplicación

6 Mark Osiel, "Respuestas estatales a las atrocidades masivas", en Angelika Rettberg (ed.), *Entre el perdón y el paredón. Preguntas y dilemas de la justicia transicional*, Corcas Editores, Colombia, 2005, p. 68.

7 Wilder Tayler, "La problemática de la impunidad y su tratamiento en las Naciones Unidas: notas para la reflexión", en *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos* (IIDH), vol. 24, 1996, p. 197.

8 Marco Sassòli, "La responsabilidad del Estado por las violaciones del derecho internacional humanitario", *Selección de artículos 2002 de la International Review of the Red Cross,* p. 143, disponible en: http://www.cicr.org/spa/revista.

9 De acuerdo con el *Diccionario de la Real Academia Española, implementar* significa "poner en funcionamiento", "aplicar métodos, medidas", etc., para llevar algo a cabo.

10 Antonio Cassese, *International Law*, 2.ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2005, p. 167.

11 Scelle, Georges, *Précis de droit de gens (Principes et systémathiques)*, CNURS, París, 1984, p. 35.

12 Cassese, nota 10 *supra*, p. 9.

en el caso *Hilaire vs. Trinidad y Tobago*[13]. La implementación nacional debe desarrollarse a través de las medidas que resulten adecuadas para cumplir el fin que persigue la norma. En el caso del DIH, no debe perderse de vista que la implementación servirá como un paliativo a la debilidad institucional de este, así como a las dificultades de las situaciones que pretende regular, por ejemplo, ayudando a establecer el Estado de derecho y el respeto de la dignidad humana en todas las circunstancias[14].

Estas características del DIH hacen que la ausencia de implementación en el marco de un ordenamiento jurídico nacional determinado reduzca las probabilidades de cumplimiento de sus disposiciones y aumente las dificultades del proceso de reconciliación después del conflicto. No es este ciertamente un objetivo del DIH, pero sí constituye un efecto indirecto de su efectivo cumplimiento. Si los actores del conflicto han respetado el DIH no solo se habrán respetado las reglas del enfrentamiento que estas normas imponen, sino que, en regla general, no se habrán cometido graves violaciones de los derechos de las personas y, en caso de haberse cometido, existirán los mecanismos legislativos para corregir esos excesos.

Este solo hecho nos ubica frente a una situación diferente a la de la sociedad que sucumbió a un conflicto plagado de incumplimientos mutuos que generaron múltiples transgresiones del derecho a la vida, la integridad física, el debido proceso, entre otros. En consecuencia, la contribución de la implementación del DIH podrá verificarse en toda su extensión y efectos positivos.

La experiencia de América Latina en la materia es particularmente interesante porque se trata de una región especialmente convulsionada

13 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Cantos vs. Argentina* (fondo). Sentencia del 28 de noviembre de 2002, párr. 59: “112. (...) esta Corte ha sostenido reiteradamente que la Convención Americana impone a los Estados partes la obligación general de adecuar su Derecho interno a las normas de la propia Convención, para garantizar así los derechos consagrados en ésta. Las disposiciones de Derecho interno que se adopten para tales fines han de ser efectivas (principio del *effetutile*). Lo que significa que el Estado tiene la obligación de consagrar y adoptar en su ordenamiento jurídico interno todas las medidas necesarias para que lo establecido en la Convención sea realmente cumplido y puesto en práctica”; caso *Hilaire, Constantine y Benjamín y otros vs. Trinidad y Tobago*. Sentencia del 21 de junio de 2002, Serie C N.° 94, párr. 112. Véase también el caso *“La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*. Sentencia del 5 de febrero de 2001, Serie C N.° 73, párr. 87.

14 Cristina Pellandini, “Retos actuales en materia de adopción de medidas nacionales para la aplicación del derecho internacional humanitario”, en Gabriel Valladares, *Derecho internacional humanitario y temas de áreas vinculadas*, Lecciones y ensayos, n.° 78, Lexis Nexis/Abeledo Perrot/CICR, Buenos Aires, p. 389.

por una multiplicidad de conflictos armados. Casos como los de El Salvador, Nicaragua, Perú, Guatemala, Colombia, entre otros, representan sociedades en las que reconciliación y justicia han estado de la mano con la aplicación o intentos de aplicación de las normas del DIH. Y es que la implementación de las normas del DIH, obligatorias en todos los Estados de la región, no ha constituido parte de una política estatal, por lo que los diversos ordenamientos jurídicos de la región guardan un grado aleatorio de compatibilidad con las normas del DIH. En el caso particular de los Estados que han atravesado conflictos armados y procesos transicionales después del conflicto es posible concluir que no hubo en ellos una adecuada implementación del DIH. No se trata aquí de identificar en la falta de implementación la violación del DIH. A lo que se apunta es a que allí donde no hay implementación existen menos posibilidades de cumplimiento del DIH y, por tanto, mayores dificultades y fisuras que colmar al término del conflicto. De hecho, esta relación intensa se ha puesto de manifiesto en una serie de informes de diversas comisiones de la verdad de la región, que suelen contener en sus recomendaciones finales alusión a la necesidad de adecuar el ordenamiento nacional a los estándares internacionales y, en particular, a las disposiciones del DIH. En ese sentido, la Comisión para el Esclarecimiento Histórico de Guatemala señaló que el Gobierno debía tomar las medidas necesarias “para que se incorporen plenamente las normas del DIH a la legislación nacional y para que se instruya regularmente sobre dichas normas al personal de las instituciones del Estado, particularmente el Ejército, responsables de respetar y hacer respetar dicha normativa”.

2. El papel sancionador del DIH: ¿limitaciones a las posibilidades de reconciliación?

Una vez analizado el papel preventivo del DIH, corresponde preguntarse por las implicancias que tiene incorporar los criterios del DIH en las transiciones. Estas constituyen procesos complejos en los que los intereses de los diversos actores se encuentran contrapuestos y a veces son irreconciliables. Por ejemplo, por un lado, las víctimas poseen exigencias morales no negociables relacionadas con la necesidad de verdad y justicia por las violaciones acaecidas y, por otro, los perpetradores no están dispuestos a que se lleven a cabo enjuiciamientos contra ellos[15].

15 El general Pinochet advirtió al presidente electo de Chile, cuando le entregó el poder en 1990: “Nadie va a tocar a mi gente. El día que lo hagan, se acaba el Estado de derecho”. Véase *Chile in Transition*, Americas Watch, 1989, p. 73, citado por Geoffrey

En esta etapa posterior al conflicto mismo, la obligación de cumplir con las normas básicamente sancionadoras de DIH podría ser vista como un obstáculo del proceso transicional, en la medida en que los grupos que aún retienen cuotas de poder ven en la aplicación de estas normas una razón para no ceder en el proceso reconciliatorio. Precisamente como respuesta a esto es que varios Estados latinoamericanos dieron las denominadas leyes de autoamnistía que constituyeron sinónimo de impunidad, o las propias comisiones de la verdad, que si bien alcanzaron el objetivo de dilucidar los hechos, no llegaron siempre a asegurar la consecución de justicia y reconciliación. Precisamente, estos son los dos mecanismos más utilizados en la región y su análisis proporciona elementos para dilucidar la relación del DIH con los intentos de reconciliación en estos países, examinando, por ejemplo, cómo las comisiones de la verdad lo usan para descubrir jurídicamente las realidades que investigan, o su presencia como factor limitante para el otorgamiento de amnistías.

3. Las leyes de amnistía

Las leyes de amnistía promulgadas en América Latina[16] “cancelan los crímenes, por lo que conductas que eran delictivas dejan de serlo con la consecuencia de que a) los fiscales pierden el derecho o la facultad de iniciar investigaciones o procedimientos penales, y b) las sentencias pronunciadas por los crímenes quedan borradas”[17]. Como señala Cassese, “(…) la lógica de la amnistía es que, en los períodos posteriores a épocas de disturbios y divisiones graves, como los que siguen a conflictos armados, luchas civiles o revoluciones, es mejor sanar las heridas sociales olvidando los delitos del pasado, borrando así los crímenes perpetrados por ambas partes. Se cree que de este modo, puede lograrse con mayor prontitud que cesen el odio y la animosidad y alcanzar así la reconciliación nacional”[18].

En este sentido, una ley de amnistía puede resultar válida en la medida que genere una reconciliación capaz de establecer bases sólidas

Robertson, *Crimes Against Humanity. The Struggle for Global Justice*, The New Press, Nueva York, 1999, p. 281.

16 Es interesante observar que la palabra “amnistía” deriva, al igual que “amnesia”, del griego *amnestia*, es decir, “olvido”. Antonio Cassese, “Reflections on International Criminal Justice”, *The Modern Law Review*, vol. 61, 1998, p. 3.

17 Antonio Cassese, *International Criminal Law*, Oxford University Press, Nueva York, 2003, p. 312.

18 Antonio Cassese, *ibíd.*, pp. 312-313.

y duraderas para la construcción de una sociedad democrática y no signifique la mera impunidad de los involucrados. Por impunidad, se entiende la inexistencia, de hecho o de derecho, de responsabilidad penal por parte de los autores de violaciones, así como de responsabilidad civil, administrativa o disciplinaria, porque escapan a toda investigación con miras a su inculpación, detención, procesamiento y, en caso de ser reconocidos culpables, condena a penas apropiadas, incluso a la indemnización del daño causado a sus víctimas[19]. En consecuencia, no se trata de conveniencias electorales[20] o de *realpolitik* de los agentes involucrados—entendida esta como una visión de la política práctica e independiente de la ética—[21].

En este sentido, la amnistía es una receta que tiene que ser aplicada en un determinado contexto y con la presencia de ciertos requisitos, tomando siempre en cuenta que la nueva sociedad tiene exigencias de justicia que deben ser satisfechas. Ciertamente ha de presentarse un elemento de oportunidad —es decir, que las amnistías sean otorgadas en un contexto determinado, ya sea en el marco de una transición después del conflicto armado o como cambio de un régimen dictatorial a uno democrático— y de competencia —la amnistía debe responder a

19 Conjunto de Principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad. Informe de Diane Orentlicher, experta independiente encargada de actualizar el conjunto de principios para la lucha contra la impunidad, documento de las Naciones Unidas E/CN.4/2005/102/Add.1, del 8 de febrero de 2005 (en adelante, el “Conjunto de Principios”). La impunidad supone además exigir de las víctimas que renuncien a su derecho, sin exigir de los que violaron sus derechos ninguna conducta especial. Véase Juan Méndez, “Derecho a la verdad frente a las graves violaciones a los derechos humanos”, en: http://www.aprodeh.org.pe/sem_verdad/documentos/Juan_E_Mendez.pdf.

20 Un buen ejemplo de esto se encuentra en la reciente propuesta de amnistía para los militares que se enfrentaron a Sendero Luminoso y el Movimiento Revolucionario Túpac Amaru en el Perú, iniciativa que coincide con el ambiente preelectoral y la pugna por conseguir los votos que por vez primera los militares depositarán en las elecciones presidenciales de abril de 2006. Con respecto a esta cuestión, el ministro de Defensa [del Gobierno electo], en su última conferencia de prensa, dijo que el Gobierno todavía no se ha pronunciado respecto de una amnistía a los miembros del Ejército acusados de violaciones de los derechos humanos. Asimismo, señaló que así como no debe haber venganza sino justicia, tampoco debe haber impunidad. Sin embargo, manifestó que el informe de la Comisión de la Verdad no era jurídicamente vinculante para el Estado peruano y que, con respecto a los procesos tramitados ante los tribunales nacionales, había que proteger derechos como la presunción de inocencia y el derecho a la defensa. En: http://www.rpp.com.pe/portada/politica/47129_1.php.

21 Eduardo González Cueva, “Perspectivas teóricas sobre la justicia transicional”. En: http://www.aprodeh.org.pe/sem_verdad/documentos/Gonzalez_Cueva.pdf, o http://www.aprodeh.org.pe/sem_verdad/documentos.htm.

un consenso en su otorgamiento por parte de la sociedad entera, lo cual puede reflejarse a partir del trabajo de una comisión de la verdad o cualquier otro mecanismo transicional—[22]. A esto debe agregarse que la promulgación de una ley de amnistía no es en la actualidad una materia exclusiva de competencia estatal, ya que en su dación deben concurrir además las exigencias del derecho internacional de los derechos humanos y del propio DIH, es decir, amnistías en las que los Estados cumplan con sus obligaciones con respecto a todos los individuos cuyos derechos han sido injustamente violentados[23] y permitan una reconciliación nacional. La región latinoamericana además ha experimentado claramente este límite a partir de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que en el caso *Barrios Altos vs. Perú*, en que este Estado había emitido leyes de amnistía para involucrados en delitos de lesa humanidad, enfáticamente declaró que:

> 43. La Corte estima necesario enfatizar que, a la luz de las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1 y2 de la Convención Americana, los Estados Partes tienen el deber de tomar las providencias de toda índole para que nadie sea sustraído de la protección judicial y del ejercicio del derecho a un recurso sencillo y eficaz (...) Es por ello que los Estados Partes en la Convención que adopten leyes que tengan este efecto, como lo son las leyes de autoamnistía, incurren en una violación de los artículos 8 y 25 en concordancia con los artículos 1.1 y 2 de la Convención. Las leyes de amnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la

22 Conjunto de Principios (nota 19 *supra*), Principio 6, en el que precisamente se contempla que: "En la mayor medida posible, las decisiones de establecer una comisión de la verdad, definir su mandato y determinar su composición deben basarse en amplias consultas públicas en la cuales deberá requerirse la opinión de las víctimas y los supervivientes". En el marco de la ley de amnistía en El Salvador, Boutros Ghali señaló que "hubiera sido mejor que la amnistía se hubiese adoptado después de crearse un amplio nivel de consenso nacional en su favor". "Secretary General Expresses Concern over Amnesty Law adopted by El Salvador Legislative Assembly", Comunicado de Prensa de las Naciones Unidas SG/SM 4950, 24 de marzo de 1993, citado por Jo M. Pasqualucci, "The Whole Truth and Nothing but the Truth: Truth Commissions, impunity and the Inter-American human rights system". *Boston University International Law Journal*, vol. 12, 1994, p. 345.

23 Santiago Corcuera Cabezut, "Las leyes de amnistía a la luz del derecho internacional de los derechos humanos", en: http://www.aprodeh.org.pe/sem_verdad/documentos/Corcuera_Cabezut.pdf, o en http://www.aprodeh.org.pe/sem_verdad/documentos.htm.

> impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana.
>
> 44. Como consecuencia de la manifiesta incompatibilidad entre las leyes de autoamnistía y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las mencionadas leyes carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni pueden tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en el Perú[24].

Adicionalmente, estas leyes son, por lo general, promovidas durante el régimen que ha violado dichos derechos y con la intención de beneficiar a los propios miembros de este, por lo que no emanan de negociación o consenso alguno, ni son emitidas en un contexto de transición o avance hacia un Gobierno democrático. Se trata, por el contrario, de leyes de

24 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros vs. Perú)*. Sentencia del 14 de marzo de 2001. En: http://www.corteidh.or.cr/seriec/Seriec_ 5_esp.doc. En la interpretación de la Sentencia de Fondo, la Corte señaló además que, dada la naturaleza de la violación constituida por las leyes de amnistía n.° 26479 y n.° 26492, lo resuelto en el caso tenía efectos generales. Sentencia del 3 de septiembre de 2001, punto resolutivo n.° 2. Interpretación de la Sentencia de Fondo (Art. 67 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). En: http://www.corteidh.or.cr/seriec/Seriec_83_esp.doc. Anteriormente, en el caso *Velásquez Rodríguez* se había señalado: “181. El deber de investigar hechos de este género subsiste mientras se mantenga la incertidumbre sobre la suerte final de la persona desaparecida. Incluso en el supuesto de que circunstancias legítimas del orden jurídico interno no permitieran aplicar las sanciones correspondientes a quienes sean individualmente responsables de delitos de esta naturaleza, el derecho de los familiares de la víctima de conocer cuál fue el destino de ésta y, en su caso, dónde se encuentran sus restos, representa una justa expectativa que el Estado debe satisfacer con los medios a su alcance (…)”. Sentencia del 29 de julio de 1988, en: http://www.corteidh.or.cr/seriec/seriec_04_esp.doc. Caso *Loayza Tamayo*, Reparaciones, Sentencia del 27 de noviembre de 1998, párr. 168: “Los Estados no pueden, para no dar cumplimiento a sus obligaciones internacionales, invocar disposiciones existentes en su derecho interno, como lo es en este caso la Ley de Amnistía (…) que a juicio de esta Corte, obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia. Por estas razones, el argumento (…) en el sentido de que le es imposible cumplir con ese deber de investigar los hechos que dieron origen al presente caso debe ser rechazado”. Ciertamente, este tipo de violaciones pueden darse no solo a través de la dación y aplicación de dichas normas. Los mismos efectos de una ley de amnistía violatoria pueden generarse a partir de situaciones de hecho, provocadas por actos, omisiones, deficiencias o negligencias por parte de las autoridades con la finalidad de mantener la impunidad de sus miembros.

autoamnistía como bien las ha calificado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos[25].

Lamentablemente, este ha sido el modelo que ha caracterizado a las leyes de amnistía en América Latina, las cuales se han identificado más con el concepto de impunidad que con el de reconciliación[26], y donde incluso muchos Gobiernos justificaron el otorgamiento de estas leyes en la supuesta inexistencia de normas internacionales que prohibieran expresamente la posibilidad de otorgar amnistías en relación con cada uno de los crímenes internacionales[27]. En efecto, este ha sido el caso de Chile, con la autoamnistía promulgada por la dictadura de Pinochet mediante Decreto n.° 2.191 del 19 de abril de 1978, la cual significaba un beneficio tangible para las fuerzas militares y de seguridad, estableciendo la impunidad total de la Junta y sus agentes. Esta amnistía sería confirmada en 1990 por la Corte Suprema de Chile, que la consideró válida[28]. Asimismo, mediante Ley n.° 22.924 del 22 de septiembre de 1982, las fuerzas armadas argentinas promulgaron su propia autoamnistía, la cual si bien inicialmente parecía que sería derogada, fue reforzada años más tarde con leyes como la Ley de Punto Final del 24 de diciembre de 1986, o la Ley de Obediencia Debida del 4 de junio de 1987[29].

En el caso peruano, el 14 de junio de 1995, el Congreso expidió la Ley de Amnistía General, Ley n.° 26.479, la cual concedía una "(…) amnistía general al personal militar, policial o civil, cualquiera que fuese su condición (…) que se encuentre denunciado, investigado, encausado,

25 Véase Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe Anual, 1985-86*, OEA/Ser.l/V./II.68, doc. 8, p. 193, citado por Pasqualucci, nota *supra*, p. 45. Asimismo, Informe 4/96, recaído sobre los casos 11.228, 11.229, 11.231 y 11.282 del 5 de octubre de 1996, en el que la propia comisión afirmó: "En el presente caso los beneficiados con la amnistía no fueron terceros ajenos, sino los mismos partícipes de los planes gubernamentales del régimen militar. Una cosa es sostener la necesidad de legitimar los actos celebrados por la sociedad en su conjunto [para no caer en el caos] o los de responsabilidad internacional, porque no se pueden sortear las obligaciones asumidas en esos campos, y otra muy distinta extender igual trato a los que actuaron con el Gobierno ilegítimo, en violación de la Constitución y las leyes chilenas".

26 Robert Norris, "Leyes de impunidad y los derechos humanos en las Américas: una respuesta legal", en *Revista IIDH*, vol. 15, 1992 , p. 47 y ss., señala que desde 1978, las leyes de impunidad proliferaron en los países de Centro y Sudamérica que habían sufrido largos períodos de violencia política y de violación sistemática de los derechos humanos por parte del Estado.

27 Wilder Tayler, nota 7 *supra*, p. 198.

28 Robert Norris, nota 6 *supra*, p. 48 y ss.

29 *Ibíd.*, p. 71 y ss.

procesado o condenado por delitos comunes y militares en los fueros común o privativo militar (...) desde mayo de 1980 hasta la fecha de la promulgación de la presente ley (...)". Asimismo, de acuerdo con el artículo 6 de la referida Ley, se anulaba toda posibilidad de efectuar investigaciones "(...) quedando todos los casos judiciales, en trámite o en ejecución, archivados definitivamente (...)". Como consecuencia de la inaplicación de dicha ley por parte de una juez que la consideró inconstitucional, el Congreso emitió una ley interpretativa, la Ley n.° 26492, que determinaba en su artículo 2 que al ser su concesión competencia exclusiva del Congreso, no admitía revisión judicial alguna y, en su artículo 3, que debía ser obligatoriamente aplicada por todos los jueces.

Un caso emblemático corresponde a El Salvador, país que adoptó una amnistía en virtud de los Acuerdos de Esquípulas II, los cuales consistían en pactos entre los Gobiernos centroamericanos para decretar amnistías amplias e incondicionales. La ley de Amnistía de Esquípulas fue promulgada el 28 de octubre de 1987 mediante Decreto n.° 805, y concedía amnistía a favor de las personas imputadas de haber participado en la comisión de delitos políticos o comunes cuando en su ejecución hubiesen intervenido un número de personas no menor de veinte y en relación con delitos cometidos hasta el 22 de octubre de ese año. Se trataba de una amnistía muy amplia que incluía los delitos cometidos por cualquier persona con motivo, ocasión, razón o como consecuencia del conflicto armado sin consideración del sector en el que estuviese involucrado. En el caso uruguayo, la Ley n.° 15.848, publicada en el diario oficial el 31 de diciembre de 1986, no fue precisamente una ley de amnistía sino más bien de prescripción. En ella, se declaraba que había caducado el poder del Estado para castigar a los oficiales de las fuerzas armadas y de la policía por delitos políticos cometidos en servicio activo antes del 1 de marzo de 1985. Frente a esta ley, se presentó un recurso de inconstitucionalidad que fue desestimado por la Suprema Corte el 2 de mayo de 1988. El 16 de abril de 1989, un referéndum confirmó la ley con un 57,5% de los votos, con lo cual se mantuvo en vigencia hasta el día de hoy. De la misma forma, en Brasil, mediante la Ley n.° 6.683 del28 de agosto de 1979, se otorgó una amnistía que cubría el período entre el 2 de septiembre de 1961 y el 15 de agosto de 1979. Esta ley concedía una amnistía a quienes habían cometido delitos políticos, delitos comunes conexos y delitos electorales, a las personas cuyos derechos políticos se habían suspendido y a los empleados públicos, empleados de fundaciones relacionadas

con el Gobierno, personal militar y a los oficiales y representantes de sindicatos que habían sido castigados bajo los Actos Institucionales y leyes complementarias. Esta amnistía, producto de la actuación del Poder Legislativo, nació de una iniciativa popular y se mantiene vigente hasta la actualidad.

Como puede apreciarse, las leyes de amnistía de la región latinoamericana no parecen haber cumplido con los requisitos del DIH y el derecho internacional de los derechos humanos. Generalmente, fueron dadas en beneficio del propio Gobierno que las otorgaba y durante el período de su mandato. Sin embargo, cabe resaltar que en los últimos años se ha empezado a generar una corriente que pretende revertir dicha situación. El caso emblemático corresponde a Argentina, donde la Corte Suprema, a través de su sentencia de 14 de junio de 2005, anuló las dos leyes de amnistía existentes. Este fallo confirmaba, a su vez, las decisiones de tribunales inferiores que habían declarado inconstitucionales las leyes y avalaba la Ley n.° 25.779 de 2003, que anulaba dichas leyes. Esta sentencia mencionaba enfáticamente que la potestad del Poder Legislativo para dictar amnistías generales conforme a la Constitución Nacional ha sufrido una importante limitación a causa de la obligación de garantizar los derechos contenidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y las amnistías resultan, por lo tanto, constitucionalmente nulas. Esto significó que las amnistías no podían representar obstáculo normativo alguno para la investigación y el enjuiciamiento de violaciones graves de los derechos humanos. El Estado argentino no puede invocar el principio de "irretroactividad" de la ley penal para incumplir los deberes de investigar y enjuiciar las violaciones graves de los derechos humanos[30].

En el caso de Chile, en los últimos años se han realizado algunos juzgamientos por los crímenes cometidos durante el período que abarca la amnistía, si bien es cierto, no en virtud de la derogación de esta, sino por la calificación de algunos delitos como continuados. Este es el caso, por ejemplo, del juicio al exjefe de la policía secreta Manuel Contreras y cuatro personas más en relación con el caso de *Miguel Ángel Sandoval Rodríguez*[31].

30 Sentencia del 14 de junio de 2005. "Recurso de hecho deducido por la defensa de Julio Héctor Simón en la causa Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc., causa n.° 17.168". En: http:// www.derechos.org/nizkor/arg/doc/nulidad.html#N_4_#N_4.

31 Human Rights Watch, "Informe Anual 2005.Sucesos de 2004. Chile". En: http://www.hrw.org/spanish/ inf_anual/2005/chile.html. Esto sin perjuicio de la necesidad de

En el caso peruano, la iniciativa no fue estatal, sino que vino a través de la sentencia del 14 de marzo de 2001, en que la Corte Interamericana declaró que las leyes de amnistía n.° 26.479 y n.° 26.492 eran incompatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, en consecuencia, carecían, de manera general, de efectos jurídicos[32]. Esta sentencia motivó que se reabrieran a nivel nacional juicios contra los miembros del grupo paramilitar Colina y los responsables del asesinato de un profesor universitario y doce estudiantes (caso *La Cantuta*), entre otros, que habían cometido graves violaciones de los derechos humanos[33]. Por último, en los países en los que no se han derogado estas leyes y se mantuvieron ausentes la consecución de la verdad y la justicia, tal como El Salvador, existen reclamos de la sociedad civil para que dicha situación se revierta. Este país se encuentra ahora en un contexto diferente que debería hacer factible la derogación de la ley de amnistía[34].

En conclusión, muchos países latinoamericanos optaron por mecanismos exculpatorios que no siempre buscaron la reconciliación de la nación. Estas taras persisten en algunos Estados, pero coexisten con tendencias renovadoras, especialmente en el caso de Argentina,

que estas leyes se deroguen, tal y como lo señala el Comité contra la Tortura en las Conclusiones y Recomendaciones al tercer informe periódico presentado por Chile, donde señala que este tipo de normas consagran la impunidad de los perpetradores de graves violaciones de los derechos humanos cometidas durante la dictadura militar: "La autoamnistía fue un procedimiento general por el cual el estado renunció a sancionar ciertos delitos graves. Además, el decreto, de la manera como ha sido aplicado por los tribunales chilenos, impidió no solamente la posibilidad de sancionar a los autores de violaciones a los derechos humanos, sino también aseguró que ninguna acusación fuera hecha y que no se conocieran los nombres de sus responsables, de forma que legalmente éstos han sido considerados como si no hubieran cometido acto ilegal alguno. La ley de amnistía dio lugar a una ineficacia jurídica de los delitos y dejó a las víctimas y a sus familiares sin ningún recurso judicial a través del cual se pudiese identificar a los responsables e imponerles los cargos correspondientes". "Conclusiones y recomendaciones del Comité contra la Tortura. El Comité examinó el tercer informe periódico de Chile", *Anuario de Derechos Humanos 2005*, Universidad de Chile.

32 Véase nota 24 *supra*.

33 "(…) Seis años después, en 2001, a raíz del proceso contra el Estado peruano en el caso *"Barrios Altos"* ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se declaró que carecen de efectos jurídicos las llamadas "Leyes de Amnistía", lo que permitió reabrir los procesos e investigaciones que involucraban a efectivos de las fuerzas del orden involucrados en violaciones de los derechos humanos entre 1980 y 1993 (…)". *Informe Final* de la Comisión de la Verdad y Reconciliación, tomo VI, 1.ª ed., Lima, noviembre de 2003, p. 178.

34 Joaquín Villalobos, "El diario de hoy", editorial, 30 de marzo de 2005. En: http://www.elsalvador.com/noticias/2005/03/30/editorial/edi4.asp.

que pugnan contra la impunidad. En este proceso no solo contribuyen esfuerzos de instancias internacionales, como el sistema interamericano de protección de derechos humanos, sino también la movilización de la propia sociedad civil.

4. El DIH y las leyes de amnistía

El DIH, por su parte, aporta también en la determinación de las leyes de amnistía que efectivamente pueden contribuir a la reconciliación nacional. Incluso puede afirmarse que una ley de amnistía puede tener una utilidad concreta en el caso de conflictos armados pues, como señala Méndez, "(...) la amnistía es necesaria para facilitar la reintegración de combatientes a la vida política pacífica, y esa necesidad ejerce poderosa presión en favor de una amnistía simétrica para los integrantes de las fuerzas armadas regulares"[35].

No obstante, y más allá de la conveniencia o no de dictar una ley de amnistía, el DIH sirve para determinar el ámbito de aplicación material de la norma, es decir, los delitos a los que se podría aplicar sin violentar las obligaciones internacionales del Estado. En este sentido, la amnistía debería referirse a delitos propios del conflicto, tales como los actos de rebelión, sedición, o todas aquellas violaciones conexas leves —como arrestos arbitrarios o malos tratos leves—[36]. Por lo tanto, el DIH impone ciertos límites, y las amnistías que promueve no se aplican a los crímenes de guerra. En efecto, el derecho internacional de los derechos humanos y el DIH se erigen como uno de los parámetros a tomar en cuenta si lo que se pretende es lograr una "amnistía verdadera", ya que el otorgamiento de este tipo de leyes no puede pasar por alto la existencia de pautas que guían el proceso transicional. Estos parámetros se deducen de todo el *corpus iuris* del derecho internacional, en el interior del cual se encuentran las normas del DIH[37].

Una de las limitaciones fundamentales consiste, por tanto, en la obligación de los Estados de investigar y juzgar a quienes hayan cometido

35 Méndez, nota 19 *supra*.

36 *Ibíd*.

37 Catalina Botero Marino y Esteban Restrepo Saldarriaga, "Estándares internacionales y procesos de transición en Colombia", en Angelika Rettberg (ed.), *Entre el perdón y el paredón. Preguntas y dilemas de la justicia transicional*, Corcas Editores, Colombia, 2005, p. 20. Véase también el Conjunto de Principios, nota 19 *supra*, Principio 24 sobre restricciones y otras medidas relativas a la amnistía, según el cual "los autores de delitos graves conforme al derecho internacional no podrán beneficiarse de esas medidas".

graves infracciones del DIH. Esta obligación es independiente de la condición de poder del perpetrador o de la voluntad de las víctimas de buscar justicia, pues es un interés del Estado el castigar ciertas "violaciones tan graves que se consideran como repudiables por toda la comunidad internacional (...)"[38]. Ello se encuentra establecido respectivamente en los artículos 49, 50, 129 y 146 de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y en el artículo 85 del Protocolo adicional I, de acuerdo con los cuales los Estados tienen la obligación de adoptar las medidas necesarias para buscar y enjuiciar a las personas acusadas de infracciones graves, o extraditarlas a otro Estado que haya formulado contra ellas cargos suficientes. En el derecho internacional consuetudinario, así como en los artículos 8 (2) (c) y (e) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, encontramos una serie de disposiciones referidas a la imputación de responsabilidad individual por la comisión de crímenes de guerra en conflictos armados no internacionales, lo que implica la obligación de enjuiciar a los perpetradores[39]. Si bien, por lo general, los procesos de transición después del conflicto o de cambio de un Gobierno dictatorial a uno democrático se dan en el escenario interno de los Estados, ello no implica que estas normas no deban ser aplicadas también en dichos contextos, ya que estas constituyen parte del DIH consuetudinario que regula su aplicación también en tales situaciones[40].

De igual forma, el artículo 91 del Protocolo adicional I señala la obligación de las partes en conflicto, responsables por la violación del DIH, de indemnizar por los daños causados. Esta obligación también se encuentra contemplada en las normas consuetudinarias del DIH, en relación con el Estado pero no solo respecto de conflictos armados internacionales, lo cual implica que el otorgamiento de dicha indemnización es consecuencia de una investigación previa de los hechos y de la determinación de los daños causados[41].

---

38 González Cueva, nota 21 *supra*.

39 Véase también el preámbulo del Estatuto de Roma, que señala que "es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales".

40 La determinación de las normas consuetudinarias de DIH se establece en base a un estudio emprendido por el CICR a pedido de la Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja. Jean-Marie Henckaerts, "Study on Customary International Humanitarian Law", en: *International Review of the Red Cross*, vol. 87, n.° 857, marzo de 2005, p. 175 y ss.

41 *Ibíd*., p. 11, norma 150: "A state responsible for violations of international humanitarian law is required to make full reparation for the loss or injury caused".

De hecho, esta preocupación por la reconciliación, si bien no es objetivo expreso del DIH, no pasó inadvertida por quienes redactaron sus normas, ya que el artículo 6 (5) del Protocolo adicional II establece que "a la cesación de las hostilidades, las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado". De acuerdo con el Comentario del Comité Internacional de la Cruz Roja, el objetivo de esta norma era "alentar un gesto de reconciliación que contribuya a restablecer el curso normal de la vida en un pueblo que ha estado divido"[42]. Una interpretación sistemática de esta disposición a la luz del objeto y el propósito del Protocolo adicional II no puede sino llevar a la conclusión de que esta posibilidad de amnistía no puede ser aplicada en los casos de personas sospechosas, acusadas o sentenciadas por la comisión de crímenes de guerra.

Esta interpretación se ve reforzada por los antecedentes de la redacción del artículo 6 (5), que indican que "la disposición está destinada a alentar la concesión de una amnistía, esto es, una suerte de exoneración al final de las hostilidades, para las personas detenidas o castigadas por el mero hecho de haber participado en las hostilidades. No se propone otorgar una amnistía a las personas que violaron el derecho internacional (...)"[43].

En igual sentido, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, refiriéndose a la tortura, ha señalado que: "Las amnistías son

42 Sylvie-Stoyanka Junod, *Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) y del artículo 3 de estos Convenios*, CICR, Plaza & Janés, Bogotá, 1998, párr. 4618, p. 168. Para Geoffrey Robertson, nota 15 *supra*, pp. 280-281, la historia de la redacción de los párrafos refleja que se contemplaba una amnistía al estilo Abraham Lincoln ("restaurar la tranquilidad de la comunidad") para los combatientes que lucharon en bandos opuestos según las leyes de la guerra, "una suerte de exoneración, al final de las hostilidades, para las personas detenidas o castigadas por el mero hecho de haber participado en las hostilidades. No se propone otorgar una amnistía a las personas que violaron el derecho internacional".

43 Antecedentes recapitulados en sendas cartas de la División Jurídica del CICR al fiscal del TPIY y al Departamento de Derecho de la Universidad de California, fechadas, respectivamente, 24 de noviembre de 1995 y 15 de abril de 1997 (con referencia a CCDH, Actas Oficiales, 1997, vol. IX, p. 319). Véase también Actas Oficiales de la Conferencia Diplomática sobre la Reafirmación y el Desarrollo del Derecho Internacional Humanitario Aplicable a los Conflictos Armados, Ginebra, 1974-1977, vol. 9, Berna, 1978, p. 319; Informe sobre el Proceso de Desmovilización en Colombia, OEA/Ser.L/V/II.120, Doc. 60, 13 de diciembre de 2004, párr. 25.

generalmente incompatibles con la obligación de los Estados de investigar tales actos, de garantizar que no se cometan tales actos dentro de su jurisdicción y de velar por que no se realicen tales actos en el futuro”[44]. Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha afirmado que se debe:

> (…) compatibilizar el recurso a la concesión de amnistías e indultos a favor de personas que se han alzado en armas contra el Estado, con la obligación de éste de esclarecer, castigar y reparar violaciones a los derechos humanos y al DIH (…)[45].

El representante especial del secretario general de las Naciones Unidas añadió la siguiente reserva al Acuerdo de Paz de 1999 entre el Gobierno de Sierra Leona y el Frente Revolucionario Unido de Sierra

---

44 Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Observación General n.° 20, 1992, párr. 15.

45 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe sobre el proceso de desmovilización en Colombia, OEA/Ser.L/V/II.120, Doc. 60, 13 de diciembre de 2004, párr. 25, en: http://www.cidh.oas.org/countryrep/Colombia04sp/informe2.htm. En materia de casos individuales, la comisión también ha reiterado esto en el Informe n.° 25/98 recaído sobre los casos 11.505, 11.532, 11.541, 11.546, 11.549, 11.569, 11.572, 11.573, 11.583, 11.585, 11.595, 11.652, 11.657, 11.675 y 11.705 del 7 de abril de 1998. Allí se plantea que: “41. El problema de las amnistías ha sido considerado por la Comisión en diversas oportunidades, por reclamos contra Estados partes en la Convención Americana que, en busca de mecanismos de pacificación y reconciliación nacional, han recurrido a éstas dejando en desamparo a un sector dentro del que se hallan muchas víctimas inocentes de la violencia, las que se ven privadas del derecho a la justicia en sus justos reclamos contra quienes cometieron excesos y actos de barbarie en su contra”. Concluyendo que: “45. Los hechos denunciados contra el gobierno democrático causan, de un lado, incumplimiento de las obligaciones asumidas por el Estado de Chile de adecuar las normas de su derecho interno a los preceptos de la Convención Americana, lo que viola sus artículos 1.1 y 2 del otro, su aplicación, que genera denegación del derecho a la justicia en agravio de las personas desaparecidas consignadas en las denuncias, lo que viola los artículos 8 y 25 en conexión con el 1.1”. En el Informe n.° 37/00 del caso 11.481, *Monseñor Oscar Arnulfo Romero y Galdámez vs. El Salvador*, del 13 de abril de 2000, la comisión reitera que: “126. La Comisión ha señalado reiteradamente que la aplicación de leyes de amnistía que impiden el acceso a la justicia en casos de serias violaciones a los derechos humanos hace ineficaz la obligación de los Estados partes en la Convención Americana de respetar los derechos y libertades reconocidos en ella, y de garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción sin discriminación de ninguna clase, según establece el artículo 1(1) de dicha Convención. En efecto, las leyes de amnistía eliminan la medida más efectiva para la vigencia de los derechos humanos, vale decir, el enjuiciamiento y castigo de los responsables de violaciones de tales derechos”. Véanse también Informe n.° 28/92 (2 octubre de 1992) sobre Argentina; Informe n.° 29/92 (2 de octubre de 1992) sobre Uruguay; Informe n.° 36/96 sobre Chile; Tercer Informe sobre Colombia, 1999, párr. 345.

Leona: "Las Naciones Unidas interpretan que la amnistía y el perdón concedidos en el artículo nueve del presente acuerdo no se aplicarán a crímenes internacionales de genocidio, crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra y otras violaciones graves del derecho internacional humanitario". En sentido similar, la Sala de Primera Instancia del TPIY, en el caso *Furundzija*, afirmó que siempre que las normas generales que prohíben crímenes internacionales específicos adquieren la naturaleza de normas perentorias *(jus cogens)*, puede interpretarse que imponen, entre otras cosas, la obligación de no cancelar mediante decretos legislativos o ejecutivos los crímenes que proscriben[46].

En conclusión, la concesión de una amnistía será contraria a las obligaciones internacionales del Estado, lo que significa que únicamente podrá ser otorgada por la comisión de delitos políticos o delitos comunes conexos no graves. De esta forma, se logra compatibilizar la necesidad de verdad y justicia con el otorgamiento de leyes de amnistía[47].Esto no significa afirmar, sin embargo, que el cumplimiento de las obligaciones que impone el DIH implica necesariamente que la amnistía estuvo bien dada y cumple objetivos de reconciliación ya que, como vimos, concurren otros elementos para esta determinación. En buena cuenta, se trata de que, para la expedición de leyes de amnistías, debe estar comprobado que estas constituyen la única opción posible para facilitar el proceso de transición[48], es decir, la coyuntura política y social del Estado debe ser tal que no permita a las autoridades conducir el proceso de reconciliación a través de otros métodos más compatibles con las exigencias de verdad y justicia que reclama la justicia transicional. Como señala Theo Van Boven, "es difícil concebir que un sistema de justicia que se preocupa por los derechos de las víctimas pueda, al mismo tiempo, permanecer indiferente e inerte hacia las graves violaciones cometidas por los

46 *Prosecutor v. Anto Furundzija*, Sala de Primera Instancia, sentencia del 10 de diciembre de 1998, párr. 155: "El hecho de que la tortura se prohíba en una norma perentoria del derecho internacional tiene otros efectos a nivel interestatal e individual. Entre Estados, sirve para la deslegitimación internacional de todo acto legislativo, administrativo o judicial que autorice la tortura. No tendría sentido argumentar, por un lado, que debido al valor de *jus cogens* de la prohibición de la tortura, los tratados o las normas consuetudinarias relativos a la tortura son nulos *ab initio*, y luego hacer caso omiso de un Estado que, por ejemplo, adopte medidas nacionales por las que se autorice o condone la tortura o absuelva a los perpetradores a través de una ley de amnistía".

47 *Ibíd.*

48 Botero Marino y Restrepo Saldarriaga, nota 37 *supra*, p. 29.

perpetradores”[49]. La impunidad no solo genera efectos perniciosos en el tiempo y lugar en que se produce[50] sino que, como ausencia de castigo, alienta a los responsables de violaciones de los derechos humanos a seguir cometiendo dichos crímenes, socavando la doctrina del Estado de derecho, y puede tener, en el largo plazo, efectos más desestabilizadores aún que los mismos juicios[51]. La omisión de investigar y enjuiciar puede incluso, en opinión de Nino, constituir una violación pasiva de los derechos humanos si configura un peligro futuro para esos derechos[52]. Por lo tanto, aunque una ley de amnistía podría “contribuir a la garantía actual de los derechos humanos en un Estado particular, sus efectos de largo plazo sobre la garantía de los derechos humanos es debatible. El deber de un Estado de garantizar los derechos humanos ha de considerarse desde una perspectiva no sólo mundial sino también nacional”[53].

Si bien es cierto que el castigo no es la única vía de reparación, en los hechos, mediante la administración de justicia, es probable que las víctimas estén más dispuestas a reconciliarse con los perpetradores, porque saben que estos han pagado por sus crímenes[54]; además, sin castigo difícilmente se podrá acceder a otras formas de reparación. La coexistencia entre impunidad y reconciliación se nos presenta como falaz tanto en términos teóricos como de experiencia comparada. Y es que, como bien se afirma en un informe de las Naciones Unidas, “nuestras experiencias durante la pasada década han demostrado con claridad que no es posible consolidar la paz en el período inmediatamente posterior al

---

49 Theo Van Boven, “Study Concerning the Right to Restitution, Compensation and Rehabilitation for Victims of Gross Violations of Human Rights and Fundamental Freedoms”, Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, documento de la ONU E/CN.4/Sub.2/1993/152, citado por Pasqualucci, nota 22 *supra*, p. 348.

50 Pasqualucci, nota 22 *supra*, pp. 352-353. La práctica de la desaparición sistemática, por ejemplo, usada con tanta eficacia por los militares argentinos, fue anteriormente una política de la Alemania nazi durante la Segunda Guerra Mundial. Varios nazis que eludieron el castigo tras la guerra huyeron a Argentina y a Paraguay, donde, según rumores, algunos de ellos participaron en el Gobierno. Una víctima que sobrevivió a la tortura a manos de los militares argentinos durante la “guerra sucia” declaró que, en la habitación del centro de detención clandestina donde lo torturaban, había un retrato de Adolf Hitler.

51 *Ibíd.*, p. 9.

52 Nino, Carlos. “The Duty to Punish Past Abuses of Human Rights Put into Context: The Case of Argentina”, *Yale Law Journal*, n.° 100, 1991, pp. 2619 y 2639.

53 Pasqualucci, nota 22 *supra*, p. 353.

54 Cassese, nota 17 *supra*, p. 6.

conflicto ni mantenerla a largo plazo a menos que la población confíe en que se podrá obtener la reparación de las injusticias sufridas a través de estructuras legítimas encargadas del arreglo pacífico de las controversias y la correcta administración de justicia”[55].

5. Comisiones de la verdad

Contemporáneamente, se ha planteado que el derecho a la información no se agota en el derecho individual de toda víctima directa o de sus familiares al conocimiento de los hechos que resultaron en una violación de derechos humanos, sino que existiría un “derecho a la verdad” o “derecho a saber” que alcanzan a toda la sociedad en función del conocimiento de su historia. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos lo ha definido como “un derecho de carácter colectivo que permite a la sociedad tener acceso a información esencial para el desarrollo de los sistemas democráticos y a la vez un derecho particular para los familiares de las víctimas, que permite una forma de reparación, en particular, en los casos de aplicación de leyes de amnistía”[56]. Asimismo, el Conjunto de Principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, informe de la experta independiente Orentlicher, ha señalado que “el ejercicio pleno y efectivo del derecho a la verdad proporciona una salvaguardia fundamental contra la repetición de tales violaciones”[57].

---

55 “El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos”, Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, documento S/2004/619 (3 de agosto de 2004), p. 3.

56 La Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Ignacio Ellacuría y otros*. Informe n.° 136/99 del 22 de diciembre de 1999, párr. 224. Este derecho a la verdad no puede entenderse separado del “derecho a la justicia”. Así lo entiende la doctrina internacional, al indicar que “el derecho a la verdad es una parte integral del derecho a la justicia”, no pudiéndose hacer efectivo uno sin el otro. En: http://www.eaaf.org/docs/annualreport/2002/17RightToTruth-sp.pdf. Del mismo modo lo entiende Juan Méndez al señalar que “el derecho a la verdad no sólo es parte integral del derecho a la justicia, sino que en algunas circunstancias se hace efectivo de manera más completa y satisfactoria mediante procesos penales transparentes y conducidos con todas las garantías de un juicio justo”. Méndez, nota 19 *supra*.

57 El Conjunto de Principios (nota 19 *supra*) señala en el Principio 2: “Cada pueblo tiene el derecho inalienable a conocer la verdad acerca de los acontecimientos sucedidos en el pasado en relación con la perpetración de crímenes aberrantes y de las circunstancias y los motivos que llevaron, mediante violaciones masivas o sistemáticas, a la perpetración de esos crímenes”.

Para Méndez, esto coexiste con un principio emergente del derecho internacional, en virtud del cual los Estados están obligados a investigar, procesar y castigar a quienes resulten responsables, y a revelar a las víctimas y a la sociedad todo lo que pueda establecerse sobre los hechos y circunstancias de tales violaciones. No se trata, esto último, de un derecho consagrado en los tratados internacionales de derechos humanos[58], sino de un "modo llamativamente uniforme y pacífico de interpretar tales normas para situaciones que no fueron previstas en su momento"[59]. De esta manera lo ha entendido también la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al referirse a él como un "(…) derecho no existente en la Convención Americana, aunque pueda corresponder a un concepto todavía en desarrollo doctrinal y jurisprudencial, lo cual en este caso se encuentra ya resuelto por la decisión de la Corte al establecer el deber que tiene el Perú de investigar los hechos que produjeron las violaciones a la Convención Americana"[60].

Como contrapartida de este derecho, existe el "deber de recordar" o "deber de memoria" que incumbe al Estado. Como afirma el antes citado Conjunto de Principios, se trata del:

> Conocimiento por un pueblo de la historia de su opresión (lo que) forma parte de su patrimonio y, por ello, se debe conservar adoptando medidas adecuadas en aras del deber de recordar que incumbe al Estado para preservar los archivos y otras pruebas relativas a la violaciones de los derechos humanos y el derecho humanitario y para facilitar el conocimiento de tales violaciones. Esas medidas deben estar encaminadas a preservar la memoria colectiva y, en particular, evitar que surjan tesis revisionistas y negacionistas[61].

---

58 Al respecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos le encontró asidero legal en los artículos 1(1), 8(1), 25 y 13 de la Convención Americana, en el caso *Ignacio Ellacuría y otros*. Informe n.° 136/99, caso 10.488. Ignacio Ellacuría, S.J.; Segundo Montes, S.J.; Armando López, S.J.; Ignacio Martín Baró, S.J.; Joaquín López y López, S.J.; Juan Ramón Moreno, S.J.; Julia Elba Ramos; y Celina Mariceth Ramos. El Salvador, 22 de diciembre de 1999, párr. 221. En: http://www.cidh.oas.org/annualrep/99span/De%20Fondo/El%20Salvador 10.488.htm.

59 Méndez, nota 19 *supra*.

60 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Castillo Páez*. Sentencia del 13 de noviembre de 1997, párr. 86.

61 Conjunto de Principios, nota 19 *supra*, Principio 3. Véase también Michael Frühling, "Derecho a la verdad, a la justicia y a la reparación integral en casos de

Estas comisiones deben gozar de un régimen de garantías que, entre otras, incluye:

- las garantías de independencia e imparcialidad;
- la clara delimitación del mandato, excluyendo expresamente que las comisiones tengan como finalidad reemplazar a la justicia;
- las garantías relativas a las personas acusadas, a las víctimas y a los testigos que declaran a su favor;
- la voluntariedad de las declaraciones y la protección y asistencia a las personas que presten testimonios;
- la preservación de los archivos relacionados con violaciones de derechos humanos;
- la publicidad del informe[62].

En esa línea, las comisiones de la verdad son organismos de investigación creados para ayudar a las sociedades que han padecido graves situaciones de violencia política o conflictos internos, a enfrentarse críticamente con su pasado, a fin de superar las profundas crisis y traumas generados por la violencia y evitar que tales hechos se repitan en el futuro[63]. Según este concepto, la verdad despertará la conciencia de las personas, y esa conciencia garantizará los derechos humanos en el futuro, reduciendo al mínimo la posibilidad de que esos horrores se repitan[64]. En efecto, a través de las comisiones de la verdad se busca conocer las causas de la violencia, identificar los elementos en conflicto, investigar los hechos más graves de violaciones de los derechos humanos y/o de DIH y establecer las responsabilidades jurídicas y las reparaciones

graves violaciones a los derechos humanos". En: http://www.hchr.org.co/publico/pronunciamientos/ponencias/po0435.pdf, p. 3.

62 *Ibíd*.

63 En el Conjunto de Principios, el término "comisiones de la verdad" se refiere a "órganos oficiales, temporales y de constatación de hechos que no tienen carácter judicial y se ocupan de investigar abusos de los derechos humanos o el derecho humanitario que se hayan cometido a lo largo de varios años" (nota 19 *supra*).

64 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe Anual, 1985-86*, pp. 192-193; Carlos Nino, nota 52*supra*, pp. 237-240, citado por Pasqualucci, nota 22 *supra*, p. 352.

correspondientes[65]. El trabajo de una comisión de la verdad permite además identificar las estructuras de la violencia, sus ramificaciones en las diversas instancias de la sociedad (fuerzas armadas, policía, poder judicial, iglesia), entre otros factores inmersos en esta problemática.

De esta forma, son varios los aportes que puede brindar el establecimiento de una comisión de la verdad[66], entre ellos: a) el autodescubrimiento y reconocimiento oficial de una realidad ignorada, que dieron cuenta de un pueblo latinoamericano censurado, indiferente y atemorizado; b) la identificación de los sectores involucrados en las violaciones de los derechos humanos, lo cual permitió, por ejemplo, que en el caso de El Salvador y Guatemala se reconstruyese el perfil de formación de los agentes del orden, muchas veces entrenados para la comisión de actos prohibidos por el derecho internacional de los derechos humanos; c) la personalización y humanización de las víctimas, desempeñándose la importante misión de reconocimiento de las personas afectadas, devolviéndoles de alguna manera su dignidad; d) la reparación parcial del daño causado, planteándose políticas que buscan reparar a las víctimas y a sus familiares, como la construcción de parques, museos o monumentos conmemorativos, creación de programas de reparación económica, etcétera; e) aportes para la prevención de sucesivas violaciones de los derechos humanos; planteándose la reorientación de los cuerpos policiales y militares, programas de educación, utilización de registros de la actividad policial, entre otros; f) aportes a la reconciliación a través de la verdad y la justicia[67]. Sobre esto último, habría que precisar que el funcionamiento de una comisión de la verdad puede prevenir

65 En algunos casos, las comisiones de la verdad nacen como fruto del trabajo de organizaciones de derechos humanos que, para investigar los graves hechos de violencia oficial, desarrollan un esfuerzo casi clandestino. Así ocurrió en Brasil, con el trabajo de la Arquidiócesis de Sao Paulo, que bajo la dirección del cardenal Evaristo Arns elaboró el informe *Brasil Nunca Más*. En Paraguay, el Comité de Iglesias para Ayudas de Emergencias (CIPAE) también publicó una serie de investigaciones sobre la dictadura de Stroessner, bajo el título *Paraguay Nunca Más*. En esta misma perspectiva pueden ubicarse los esfuerzos del Servicio de Paz y Justicia de Uruguay, con su informe: *Uruguay Nunca más*, y del colectivo de organizaciones colombianas y extranjeras que publicaron un valioso informe titulado *El terrorismo de Estado en Colombia*.

66 Esteban Cuya, "El impacto de las comisiones de la verdad en América Latina". En: http://www.aprodeh.org.pe/sem_verdad/documentos/cuya.pdf.

67 Al respecto, Méndez indica que la "reconciliación no puede ser impuesta por decreto". Igualmente, se muestra de acuerdo con la labor investigadora de las comisiones de la verdad, siempre y cuando su labor no se desvirtúe y se plantee que la reconciliación se alcanzará con la sola recopilación de información. Señala que "el valor de las Comisiones de la Verdad más exitosas es que su creación no estaba basada en la

o tornar superfluos los prolongados juicios contra miles de presuntos perpetradores, lo cual adquiere particular relevancia en contextos de estructuras judiciales debilitadas que no van a poder enfrentar eficientemente el juzgamiento de los acusados. En suma, como señala Cassese, estas comisiones promueven “un mayor entendimiento en lugar de la venganza, la reparación en lugar de la represalia, y la reconciliación en lugar de la victimización”[68].

En el caso de América Latina, el recurso a la creación de una comisión de la verdad no resulta un fenómeno desconocido, sino que, por el contrario, ha constituido una práctica común en la región. Algunas de las comisiones de la verdad han sido creadas por normas internas[69] o acuerdos internacionales auspiciados por las Naciones Unidas[70]. La tendencia de estas comisiones ha sido ciertamente la determinación de los supuestos de violación de derechos humanos. No obstante, casos como los de Chile, El Salvador y Perú revelan que un análisis total demanda también la aplicación del DIH[71]. Cabe destacar que en los casos de Ecuador y Perú, la creación de las respectivas comisiones abarcó períodos de Gobiernos democráticos, situación que marca la diferencia con el resto de comisiones e informes de los Estados de Latinoamérica vinculados a Gobiernos dictatoriales o a situaciones de conflicto armado interno. Finalmente, solo de manera explícita las comisiones de Chile y Perú aluden a la reconciliación, remitiéndonos a uno de los objetivos de aquellas. Ciertamente las tareas y funciones de una comisión de la verdad se han ido incrementando y complejizando a lo largo de las últimas dos o tres décadas. No hay un estándar, pero va surgiendo una tradición de investigaciones oficiales de la verdad cada vez más exhaustivas.

premisa de que no habría juicios, sino que eran un paso en el sentido de la restauración de la verdad y, oportunamente, también de la justicia”. Méndez, nota 19 *supra*.

68 Cassese, nota 17 *supra*, p. 10.

69 Como es el caso de las comisiones de la verdad de Argentina (Decreto n.°189 del 15 de diciembre de 1983), Chile (Decreto Supremo n.°355 del 24 de abril de 1990) y Perú (Decreto Supremo n.° 065-2001- PCM, del 4 de junio de 2001).

70 Como en la Comisión de la Verdad de El Salvador, creada por el Acuerdo de México el 27 de abril de 1991, firmado entre el Gobierno de El Salvador y el Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional, con el auspicio de la ONU. Igualmente, la Comisión para el Esclarecimiento Histórico de Guatemala fue creada por el Acuerdo de Oslo, el 23 de julio de 1994, entre el Gobierno y la guerrilla, con el auspicio de la ONU.

71 En este sentido, ciertos actos de violencia contra la población (como la masacre cometida contra la población maya en el conflicto de Guatemala) configuran una violación del principio de distinción del DIH.

En Argentina, mediante Decreto Ley n.° 187/83 del 15 de diciembre de 1983 se creó la Comisión Nacional para la Investigación sobre la Desaparición de Personas (CONADEP) para investigar —por un período de nueve meses— las violaciones de los derechos humanos ocurridas entre 1976 y 1983 , período de las dictaduras militares. Tras su fracaso en la política económica y la derrota en la Guerra de las Malvinas, además del gran repudio internacional por sus graves violaciones de los derechos humanos, a fines de 1983, los militares argentinos se vieron forzados a devolver el poder a los civiles. En Argentina, los derechos humanos de miles de personas fueron violados en forma organizada y estatal por la represión de las fuerzas armadas, que usaron una "tecnología del infierno" según se pudo comprobar por las miles de denuncias y testimonios de las víctimas. Tal como lo dijo en su oportunidad el presidente Raúl Alfonsín, después de esta etapa de tanta violencia: "No puede haber un manto de olvido. Ninguna sociedad puede iniciar una etapa sobre una claudicación ética semejante". Por eso, uno de los primeros actos constitucionales del presidente Alfonsín fue crear dicha Comisión.

Luego de nueve meses de trabajo, la CONADEP reunió más de 50.000 páginas de testimonios y denuncias. Así, en noviembre de 1984 publicó su informe "Nunca Más. Informe de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas". Allí se dio cuenta de la desaparición de 8.960 personas, según denuncias debidamente documentadas y comprobadas. El 80% de las víctimas de los militares argentinos tenían entre 21 y 35 años de edad. El informe señala que en Argentina existían 340 centros clandestinos de detención, dirigidos por altos oficiales de las fuerzas armadas y de seguridad. Allí los detenidos eran alojados en condiciones infrahumanas y sometidos a toda clase de tratos humillantes y degradantes. La CONADEP descubrió que entre los altos oficiales de las fuerzas armadas y policiales se estableció un "pacto de sangre" que implicaba la participación de todos en las violaciones de derechos humanos. La CONADEP tomó la iniciativa de presentar varias recomendaciones a los distintos poderes del Estado, "con la finalidad de prevenir, reparar y finalmente evitar la repetición de conculcaciones de los derechos humanos". Entre sus propuestas incluyó la continuación de las investigaciones por la vía judicial; la entrega de asistencia económica, becas de estudio y trabajo a los familiares de las personas desaparecidas; y la aprobación de normas legales que declaren como crimen de *lesa humanidad* la desaparición forzada de personas. Asimismo, la CONADEP recomendó la enseñanza obligatoria de los derechos humanos en los centros educativos del Estado, tanto civiles como

militares y policiales; el apoyo a los organismos de derechos humanos; y la derogatoria de toda la legislación represiva existente en el país. Muchas de estas recomendaciones están aún pendientes de llevarse a la práctica.

Por su parte, en Chile, mediante Decreto Supremo n.° 355 del 24 de abril de 1990, se creó la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación. Tras la derrota moral y política de Pinochet, el pueblo de Chile eligió como presidente a Patricio Aylwin quien, con el objetivo de contribuir al esclarecimiento global de la verdad sobre las más graves violaciones de los derechos humanos cometidas en los últimos años y colaborar con la reconciliación de todos los chilenos, creó dicha Comisión. Las tareas que se le encomendaron a la Comisión fueron: i) establecer un cuadro, lo más completo posible, sobre los graves hechos de violación de los derechos humanos, sus antecedentes y circunstancias; ii) reunir información que permita individualizar a sus víctimas y establecer su suerte o paradero; iii) recomendar las medidas de reparación y reivindicación que estimara de justicia, y iv) recomendar las medidas legales y administrativas que a su juicio deberían adoptarse para impedir o prevenir la comisión de nuevos atropellos graves a los derechos humanos. Así, se determinó que se investiguen los hechos con resultado de muerte o desaparición ocurridos entre el 11de septiembre de 1973 y el 11 de marzo de 1990, sea dentro del país o en el extranjero. Cabe anotarse además que, si bien esta Comisión no investigó torturas, casi quince años después se creó la Comisión Nacional sobre Prisión, Política y Tortura, como un órgano asesor del presidente de la República Ricardo Lagos. Tras un año de funcionamiento, entregó su informe el 10 de noviembre de 2004. Esta Comisión se encargó de determinar quiénes eran las personas que sufrieron privación de libertad y torturas por razones políticas por actos de agentes del Estado o de personas a su servicio, en el período comprendido entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1990. En total contiene 27.255 testimonios de personas reconocidas como víctimas, una explicación de cómo se desarrolló la prisión política y la tortura y los criterios y propuestas de reparación a las víctimas reconocidas[72].

Las normas nacionales e internacionales de los derechos humanos, así como las normas del DIH, formaron parte del marco jurídico con el cual trabajó la Comisión al analizar los distintos hechos de violencia. Después de sus minuciosas investigaciones sobre los desaparecidos y asesinados por las fuerzas del orden, la Comisión recomendó la reparación pública

72 Véase en: http://www.comisiontortura.cl/inicio/index.php.

de la dignidad de las víctimas, y diversas medidas de bienestar social, pensión única de reparación, atención especializada en salud, educación, vivienda, condonación de ciertas deudas y exención de la obligatoriedad del servicio militar a los hijos de las víctimas. La Comisión presentó también recomendaciones en los aspectos jurídicos y administrativos, como la "declaración de muerte de personas detenidas-desaparecidas", la adecuación del ordenamiento jurídico nacional al DIDH y la ratificación de tratados internacionales sobre derechos humanos. Igualmente propuso diversas medidas para reformar el Poder Judicial y las fuerzas armadas, así como la continuación de las investigaciones sobre el destino de los desaparecidos. Asimismo, se recomendó la penalización del ocultamiento de información respecto de las inhumaciones ilegales, ya que muchos familiares de las víctimas continuaron reclamando los restos de sus seres queridos. En enero de 1992, el Gobierno chileno, mediante Ley n.° 19.123, creó la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, para ejecutar las recomendaciones de la Comisión.

En Ecuador, se creó la Comisión Verdad y Justicia, mediante Acuerdo Ministerial del 17 de septiembre de 1996. Como parte de las funciones de dicha Comisión, se establecieron las siguientes: i) recoger denuncias sobre violaciones de los derechos humanos, especialmente desapariciones, torturas y demás agresiones contra la vida y la integridad personal ocurridas en el Ecuador desde 1979, sean estas atribuibles a agentes del Estado o a particulares; ii) investigar denuncias por todos los medios a su alcance; iii) elaborar el informe "Verdad y Justicia" en el que se sistematizará la información, denuncias e investigaciones realizadas, así como sus antecedentes, conclusiones y recomendaciones en el plazo de un año.

La creación de dicha Comisión significó un hecho notable, ya que suponía la investigación de acontecimientos vinculados a la violación de derechos humanos en el marco de regímenes "democráticos". Se inició la sistematización de denuncias a fin de entregarlas a un equipo de abogados que prepararía informes a ser entregados a la Corte Suprema de Justicia. Ello, además de la recepción de múltiples denuncias sobre la existencia de cementerios clandestinos en recintos policiales y militares, así como en el campo. Sin embargo, resultó difícil la búsqueda de la verdad en dicho contexto[73]. De esta manera, diversos organismos

73 Sobre el proceso de creación de la referida comisión, véase Elsa Curbelo, "Comisión Verdad y Justicia del Ecuador. La impunidad en democracia", como parte del Seminario Internacional "Impunidad y sus efectos en los procesos democráticos" (Santiago de Chile, 14 de diciembre de 1996). En: http://www.derechos.org.

nacionales e internacionales de derechos humanos en el país impulsan la creación de una nueva comisión que investigue los casos relacionados con desapariciones, asesinatos, y tortura en dicho período (1985-1989). Precisamente, el 2 de diciembre de 2004, el expresidente de Ecuador, Lucio Gutiérrez, declaró que suscribiría un decreto supremo para dar vida a la Comisión de la Verdad que analizaría las violaciones de los derechos humanos que se hubieran cometido en los Gobiernos pasados, indicando que aquella estaría conformada por gente notable y valiente.

En El Salvador, se creó una Comisión de la Verdad. Esta Comisión trabajó durante ocho meses, presentando un informe titulado "De la locura a la esperanza: la guerra de 12 años en El Salvador". Esta Comisión surgió como resultado de los Acuerdos de Paz de El Salvador negociados en más de tres años (1989-1992) entre el Gobierno y el movimiento guerrillero Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional (FMLN), enfrentados durante todo ese período. Las negociaciones se llevaron a cabo con el auspicio de la ONU y la colaboración de Colombia, México, España y Venezuela, culminando con la firma del Acuerdo de Paz en Chapultepec, México, el 16 de enero de 1992 que determinó que se investigarían los hechos de violencia ocurridos desde 1980 durante un período de ocho meses. Además de las facultades que le confirió el Acuerdo de Paz respecto de la impunidad y la investigación de graves hechos de violencia, la Comisión también se encargó de elaborar recomendaciones "de orden legal, político o administrativo, que podrán incluir medidas destinadas a prevenir la repetición de tales hechos (de violencia), así como iniciativas orientadas hacia la reconciliación nacional".

Al definir las normas jurídicas aplicables a su labor, la Comisión estableció que durante el conflicto salvadoreño, ambas partes tenían la obligación de acatar una serie de normas del derecho internacional, entre ellas las estipuladas en el DIDH y en el DIH, o bien en ambos. Por otro lado, la Comisión señaló que, a lo largo del período de conflicto armado interno, el Estado de El Salvador estaba en la obligación de adecuar su derecho interno a las obligaciones del derecho internacional. Finalmente, la Comisión presentó una serie de recomendaciones que incluyen: i) reformar la legislación penal y el Poder Judicial; ii) depuraciones en las fuerzas armadas, fuerzas policiales y dentro de la administración pública; iii) inhabilitaciones políticas a las personas involucradas en violaciones de los derechos humanos y del DIH, por un lapso no menor de diez años; iv) investigar y terminar con los grupos ilegales (escuadrones de

la muerte); y v) otorgar reparación material y moral a las víctimas de la violencia y sus familiares directos.

En Guatemala, se creó la Comisión para el Esclarecimiento Histórico mediante el Acuerdo de Oslo del 23 de junio de 1994, para conocer los casos de violaciones de los derechos humanos y los hechos de violencia vinculados a los treinta y cuatro años de conflicto armado interno de Guatemala, así como formular recomendaciones para favorecer la paz. El informe de la Comisión revela las causas del enfrentamiento armado, la descripción de estrategias utilizadas durante el conflicto por ambas partes, casos de violaciones de los derechos humanos y hechos de violencia. También se detallan las consecuencias del enfrentamiento y se presentan conclusiones finales y recomendaciones. Así, la Comisión de Esclarecimiento Histórico recomendó que se pusiera en marcha un Programa Nacional de Reparación a las víctimas de las violaciones de derechos humanos y hechos de violencia vinculados con el enfrentamiento armado y sus familiares, y que dicho programa comprendiera medidas individuales y colectivas inspiradas en principios de equidad, participación social y respeto de la identidad cultural, entre las cuales necesariamente debían figurar: i) medidas de restitución material para restablecer, en lo posible, la situación existente antes de la violación, particularmente en el caso de la tierra; ii) medidas de indemnización o compensación económica de los más graves daños y perjuicios como consecuencia directa de las violaciones de los derechos humanos y del derecho humanitario; iii) medidas de rehabilitación y reparación psicosocial que incluyan, entre otros, la atención médica y de salud mental comunitaria, así como la prestación de servicios jurídicos y sociales; iv) medidas de satisfacción y dignificación individual que incluyan acciones de reparación moral y simbólica.

En Panamá, mediante Decreto Ejecutivo n.° 2 del 18 de enero de 2001, se creó la Comisión de la Verdad para esclarecer las violaciones de los derechos humanos —sobre todo, desapariciones— cometidas durante el régimen militar a partir de 1968 (dos décadas). Actualmente, aún se encuentra en funcionamiento. Sin embargo, se cuestiona a esta Comisión por carecer de un mandato claro del Gobierno y por la interferencia de otras instituciones en su funcionamiento. El paso de los años parece haber mermado la memoria colectiva de Panamá y, en épocas recientes, la pugna entre la Comisión y el Poder Judicial ha sido evidente. Sucesos desafortunados como la falsificación de evidencias han erosionado la credibilidad del trabajo realizado a la fecha. Por ello, los familiares de las

víctimas han tenido que buscar en la Corte Interamericana de Derechos Humanos la justicia que el Estado les ha negado[74].

En Perú, mediante Decreto Supremo n.° 065-2001-PCM del 2 de junio de 2001, el presidente del Gobierno de transición, Valentín Paniagua, creó la Comisión de la Verdad y Reconciliación (CVR). El informe de la CVR es el documento más importante y trascendente de la historia del Perú sobre el conflicto armado interno padecido entre 1980 y noviembre de 2000. El conflicto armado interno se inició en mayo de 1980 por el autodenominado Partido Comunista del Perú-Sendero Luminoso (PCP-SL), que fue acompañado cuatro años después con una perspectiva inicialmente diferenciada por el Movimiento Revolucionario Túpac Amaru (MRTA). El conflicto generó una violencia masiva, terror, y causó miles de víctimas fatales, más de 69.000 muertes (22.507 documentadas por la CVR), en adición a miles de desplazados forzados, personas torturadas, desaparecidas, y pérdidas materiales por miles de millones de soles por la destrucción de la infraestructura productiva y vial, etc.

El encargo que hizo el Estado peruano a la CVR, a diferencia de las experiencias de otras comisiones de Latinoamérica, estriba en que gran parte de su mandato cubrió el análisis de la lucha antisubversiva durante la vigencia de Gobiernos democráticos y se extendió después del golpe del 5 de abril de 1992 hasta la caída del régimen del expresidente Alberto Fujimori. Así, se trata de la primera comisión de la verdad que concluye que fueron grupos subversivos los grandes violadores de los derechos humanos sin que por ello se desconozca la responsabilidad de muchos miembros de las fuerzas del orden. En este sentido, la CVR concluye que el Partido Comunista del Perú-Sendero Luminoso fue el principal causante de víctimas fatales durante el conflicto en términos cuantitativos y le asigna la principal responsabilidad en el proceso de violencia por ser quien la inició y por haber recurrido desde el inicio a métodos terroristas. Al mismo tiempo, señala que tanto las organizaciones subversivas como las fuerzas armadas del Estado incurrieron, en ciertos períodos y lugares, en violaciones generalizadas y/o sistemáticas de los derechos humanos. Asimismo, como parte de su mandato, la CVR tuvo a su cargo el señalamiento de los agentes activos de las violaciones de los derechos humanos. Además, si bien su decreto de creación no hace alusión al DIH, este fue considerado fundamental para efectos de la

74 Para más información, véase http://www.comisiondelaverdad.org.pa, o http://www.cverdad.org.pe/comision/enlaces/index.php.

elaboración del informe. La CVR recomendó el desarrollo de programas de reparación individual y colectiva, incluyendo la consideración de la salud mental y física, educación, apoyo simbólico y económico y la emisión de documentos de identificación. En febrero de 2004, se creó una comisión multisectorial de alto nivel, integrada por representantes del Gobierno y organismos de derechos humanos, para diseñar y supervisar la ejecución de estas recomendaciones[75].

En Bolivia, en septiembre de 2004, el fiscal general, César Suárez, anunció que tomaría contacto con sus similares de Argentina y Chile con el propósito de abrir los archivos de la Operación Cóndor, lo que permitirá esclarecer la desaparición forzada entre 1971-1976 de varios ciudadanos bolivianos, argentinos y chilenos durante la dictadura del general Hugo Bánzer (1971-1977)[76]. “El ministerio público tiene las puertas abiertas para contribuir con este tema, de acuerdo con la documentación de los familiares de los desaparecidos forzosos”, anunció Suárez. En ese marco fue creada la Ley n.° 2.640, “Ley de resarcimiento a víctimas de la violencia política”, que tiene por objeto establecer el procedimiento destinado a resarcir a las personas contra quienes se hubiera cometido actos de violencia política, mediante los agentes de Gobiernos inconstitucionales, que violaron y conculcaron los derechos humanos y las garantías consagradas en la Constitución Política del Estado y el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, ratificado por el Estado boliviano. En estricto, los hechos resarcibles dentro de la concepción de la violencia política, en el período del 4 de noviembre de 1964 al 10 de octubre de 1982 son: detención y prisión arbitraria; tortura; exilio o destierro; lesiones e incapacidad calificadas; muerte en el país o en el exterior por razones de violencia política; desaparición forzada; persecución por razones político sindicales, conforme a reglamento.

6. Comisiones de la verdad y DIH

El análisis de estos casos, en particular de los informes de Argentina, Chile, El Salvador, Guatemala y Perú, revela que todos los

75 Esteban Cuya, “Las Comisiones de la Verdad en América Latina”. En: http://www.derechos.org/koaga/iii/ /cuya.html.

76 Recordemos que *Operación Cóndor* es el nombre con el que se sindicó a un plan de inteligencia y coordinación entre los servicios de seguridad de los regímenes militares del Cono Sur —Argentina, Chile, Brasil, Paraguay, Uruguay y Bolivia— en la década de los setenta.

países habían ratificado los cuatro Convenios de Ginebra de 1949[77]. En consecuencia, y considerando que en ninguno de los casos estamos frente a conflictos internacionales, es de aplicación el artículo 3 común. Sin embargo, dicho artículo sería aplicable inclusive si ninguno de los Estados hubiera ratificado los Convenios de Ginebra, ya que se considera que, al proteger derechos fundamentales y contener la protección relativa a normas de *jus cogens*, contiene un carácter consuetudinario y por lo tanto debe ser respetado por *todos* los Estados[78]. Caso distinto es el del Protocolo adicional II, el cual, además de haber sido ratificado durante el período de violencia o en un momento posterior a este, solo algunas veces (como en el caso de El Salvador) comprendió a los conflictos armados analizados pues no alcanzaban su umbral de aplicación[79], es decir, que las fuerzas armadas disidentes o los grupos armados que se enfrentan con las fuerzas armadas tengan la "dirección de un mando responsable" y "ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas".

Sin embargo, no todas las comisiones afirman la existencia de un conflicto armado, lo cual dificulta el reconocimiento de la aplicación del DIH. Así, el mandato de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas de Argentina, la más antigua de las experiencias aquí citadas, fue exclusivamente en relación con los detenidos; por lo tanto, se refería a violaciones cometidas únicamente por el Estado. En ese sentido, las posteriores comisiones de la verdad suponen un avance, en tanto que reconocen la existencia de un enfrentamiento entre fuerzas subversivas y las fuerzas armadas, y la consiguiente aplicación del DIH.

77 Argentina ratificó los cuatro Convenios de Ginebra el 18 de septiembre de 1956; Chile hizo lo mismo el 12 de octubre de 1950; El Salvador, el 17 de junio de 1953; Guatemala, el 14 de mayo de 1952; y, Perú, el 15 de febrero de 1956. En: http://www.icrc.org/IHL.nsf/(SPF)/party_main_treaties/$File/IHL_and_other_ related_Treaties.pdf. Consulta hecha el 13 de noviembre de 2005.

78 Elizabeth Salmón, "El reconocimiento del conflicto armado en el Perú", *Revista Derecho PUC*, Pontificia Universidad Católica del Perú. MMIV, n.° 57, p. 85.

79 En el art. 1 del Protocolo adicional II, se establece que se aplica únicamente a conflictos armados en los cuales la autoridad gubernamental es uno de los participantes. Además, los grupos armados deben ejercer "sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas" y hallarse "bajo la dirección de un mando responsable"; asimismo, deben poder cumplir las obligaciones estipuladas en el Protocolo.

De esta manera, la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación chilena reconoce que las violaciones pueden darse no solo por parte del Estado, sino por parte de las fuerzas subversivas. De esta manera, se reconoce la obligación que tienen todas las partes en conflicto de respetar el DIH. Además, la Comisión establece, en el capítulo II, las normas, conceptos y criterios en que han basado sus deliberaciones y conclusiones, entre las cuales cita al DIH, señalando que:

> Las normas de DIH no se ocupan de determinar cuándo es lícito el recurso a la guerra o a la rebelión armada (…) En efecto, se justifique o no el recurso a las armas, existen normas precisas sobre la ilicitud de ciertas conductas en la conducción de las hostilidades, sean éstas de carácter internacional o interno; entre otras, las que prohíben (sic) dar muerte o torturar a los prisioneros y las que establecen garantías para el debido proceso de los inculpados, por muy especial que sea el carácter de tales procesos (…) Pero no por ello se justifican jamás tales transgresiones (…)[80].

Por su parte, la Comisión de la Verdad de El Salvador no solo reconoce la existencia de un conflicto armado y que las normas de DIH son vinculantes para todas las partes en conflicto, sino que además señala que son aplicables en este caso el artículo común y el Protocolo adicional II, indicando lo siguiente:

> Los principios del DIH aplicables al conflicto salvadoreño están contenidos en el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y el segundo Protocolo adicional a los mismos. El Salvador ratificó estos instrumentos antes de 1980.
>
> Si bien el conflicto armado salvadoreño no fue de carácter internacional, tal como los Convenios definen ese concepto, sí llenó los requisitos para la aplicación del artículo 3 común a los cuatro Convenios. Esa disposición define algunas normas humanitarias fundamentales, que son aplicables a los conflictos armados no internacionales. Lo mismo se puede decir del Protocolo adicional II a los

80 Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación de Chile, parte 1, capítulo II. En: http://www.purochile.org/rettig01.htm#4.

> Convenios de Ginebra, que se ocupa de la protección de las víctimas de conflictos armados de carácter no internacional. Las disposiciones del artículo 3 común y del Protocolo adicional II son jurídicamente vinculantes tanto para el Gobierno como para las fuerzas insurgentes[81].

Por otro lado, en las recomendaciones de la Comisión de la Verdad de El Salvador se señala, entre las medidas a tomar para lograr la ansiada reconciliación, la necesidad de proteger a los subordinados cuando rechazan obediencia a las órdenes ilegales[82]. Esta reforma de las fuerzas armadas, policía y servicios de inteligencia tendría un claro trasfondo en las normas de DIH, en la medida que puede ser entendida como una obligación de respeto de estas.

Por su parte, a pesar de reconocer la importante función del DIH[83], la Comisión para el Esclarecimiento Histórico de Guatemala, a diferencia de la Comisión de la Verdad de El Salvador, no reconoce la aplicación del Protocolo II. Ello no implica que se desconozca la aplicación de las normas de DIH; al contrario, se afirma que la Comisión para el Esclarecimiento Histórico sí investigó violaciones del DIH, pero "al nivel mínimo de derechos protegidos por el artículo 3 común"[84].

Finalmente, la Comisión de la Verdad y Reconciliación de Perú, además de reconocer la obligación de ambas partes de respetar las normas de DIH, indica que es de aplicación al conflicto armado peruano el artículo común; sin embargo, agrega: "Ello no será en modo alguno

81 Informe "De la locura a la esperanza". Mandato. En: http://virtual.ues.edu.sv/ce/comision/el_mandato.html.

82 "Cuadro 5: Recomendaciones de anteriores Comisiones de la Verdad. Lista seleccionada". En: http://www.aprodeh.org/sem_verdad/documentos/Hayner_cuadros.pdf o http://www.aprodeh.org.pe/sem_verdad/documentos.htm.

83 "(…) [El DIH] procura el respeto de derechos mínimos o inderogables en caso de conflicto armado, intenta civilizarlo mediante la aplicación de principios tales como el respeto a la población civil, la atención y cura de heridos, el trato digno a las personas prisioneras y la protección de los bienes indispensables para la supervivencia. Esta normativa, crea un espacio para la neutralidad en la medida que pretende disminuir las hostilidades, minimiza sus efectos sobre la población civil y sus bienes y busca un trato humanitario para los combatientes, heridos o prisioneros".

84 Jan-Michael Simon, "La Comisión para el Esclarecimiento Histórico, Verdad y Justicia en Guatemala". Ponencia en el coloquio internacional "Estado de Derecho y delincuencia de Estado en América Latina. Procesos de Transformación comparados", celebrado del 22 al 24 de febrero en la Ciudad de San Pablo, Brasil. En: http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/boletin/cont/106/art/art6.pdf.

obstáculo para aplicar las disposiciones del Protocolo II, en lo que resulta compatible y pertinente". Como ya sostuve[85], el umbral que establece este último documento no es alcanzado por el conflicto interno peruano, en la medida que no se presentan las características de control territorial o capacidad de sostener operaciones militares sostenidas y concertadas. Asimismo, la Comisión de la Verdad y Reconciliación cita acertadamente los principios del DIH, aplicables a todo conflicto armado[86].

La eficacia de las comisiones de la verdad en términos de contribución a la reconciliación de estas sociedades es algo que se determinará en los años que vienen. Para Geoffrey Robertson, por ejemplo, "lo que la historia de la "justicia transicional" (o la falta de esta) en América Latina demuestra, en el largo plazo, es que la aparición de alguna medida de la verdad no constituye la base para la reconciliación. Muy al contrario: la revelación de los detalles de la depravación del Estado sólo suma fuerza a las exigencias de retribución de las víctimas y de sus simpatizantes"[87]. No obstante, el trabajo de las comisiones de la verdad en la región sí ha influido irremediablemente a poner el énfasis en la voz de las víctimas de la violencia. De hecho, de los informes de las comisiones de la verdad ha surgido una verdad impresionante: los Gobiernos utilizaron deliberadamente las violaciones atroces y sistemáticas para intimidar a las poblaciones y mantener el control sobre ellas. Los informes establecen que las violaciones de los derechos humanos perpetradas por ciertos Gobiernos latinoamericanos no consistían, necesariamente, en ataques dirigidos contra las personas que cometían actos de violencia contra el Estado, ni tan siquiera una respuesta, lamentablemente exagerada, a esa violencia. Por el contrario, los informes documentan una política de Estado deliberada que aplicaba las violaciones contra los derechos humanos para alcanzar los objetivos de los Gobiernos[88].

85 Elizabeth Salmón, nota 77 *supra*, pp. 84-85.

86 *Informe Final* de la Comisión de la Verdad y Reconciliación del Perú, tomo I, capítulo 4, p. 211: "En cualquier tipo de conflicto armado son de aplicación no sólo las normas antes mencionadas, sino también ciertos principios inderogables del DIH que se enunciaron en el siglo XIX (cláusula Martens). Así, la protección de la población civil está en relación con los "principios de humanidad" que fundan el principio de distinción entre combatientes y no combatientes, así como el relativo a la proporcionalidad entre las ventajas militares que se pueden alcanzar y los daños a civiles que en ningún caso deben ser excesivos".

87 Robertson, nota 15 *supra*, p. 288.

88 Pasqualucci, nota 22 *supra*, pp. 324-325.

La utilización del DIH (en el caso de las comisiones que así lo hicieron) se centra básicamente en el señalamiento de violaciones de sus disposiciones, es decir, como elemento adicional, junto con el derecho internacional de los derechos humanos, para el análisis de validez de los hechos de violencia. De esta forma, el análisis se limitó al reconocimiento de la existencia de un conflicto armado y a señalar las violaciones de las distintas normas de DIH. En contraposición, los informes no recogen ejemplos de cumplimiento del DIH por lo que solo es posible inferir algunos casos[89]. Las comisiones tienen por tanto un acercamiento mucho mayor a los aspectos sancionadores o punitivos del DIH, que a las

89 En el *Informe Final* de la Comisión de la Verdad y Reconciliación del Perú, se señala (tomo VII, capítulo 2) el caso de las ejecuciones extrajudiciales en el Hospital de Ayacucho (1982), en que miembros de Sendero Luminoso rescataron a sus compañeros recluidos en un penal de Ayacucho, ciudad que sufrió el mayor número de pérdidas durante el conflicto, se hace un análisis bastante somero, en la medida en que solo se indica que hubo una violación del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra. Sin embargo, no se citan normas de DIH, ni se reconoce que el Penal de Huamanga tenía la condición de objetivo militar. En el caso de la Comisión para el Esclarecimiento Histórico de Guatemala, resulta no obstante alentador el testimonio recogido de un comandante de las fuerzas armadas revolucionarias que recalcaba la importancia de respetar las normas de DIH. Véase en: http://shr.aaas.org/guatemala/ceh/mds/spanish/cap2 /vol4/hech.html5. Según los dirigentes del EGP, si bien no incluían la enseñanza del derecho humanitario dentro de la formación que dieron a sus combatientes, existía conciencia sobre el trato que debía darse a los prisioneros de guerra y sobre otras nociones contenidas en estas normas. “(…) como parte de la formación política precisamente, como parte del pensamiento revolucionario, siempre se tuvo conciencia que había que tener respeto hacia los prisioneros, y mucho de esto está fundamentado en experiencias de otros movimientos revolucionarios, dentro del pensamiento del comandante Ernesto Guevara, aparece en varios de sus escritos y en muchas cosas que se saben sobre su participación en la guerrilla cubana, realmente de este respeto hacia el enemigo, compartir las pocas medicinas, darle eventual atención que fuera necesaria, la cuestión de compartir la comida también y el respeto en cuanto a los malos tratos. Desde el principio lo tuvimos muy consciente (…) Dentro de lo que era el proceso de reclutamiento, el trabajo de educación y formación era crear una actitud de los compañeros de respeto hacia la gente de la comunidad (…) eso hacía parte de la disciplina política, aparte había la disciplina militar, y ahí estaba contemplado en primer lugar que las armas estaban para desarrollar la guerra y nunca para hacer otras cosas”(…) “En algún momento se implementó todo esto como algo que iba incluido dentro de la mística de la formación del combatiente (…) mística del respeto a ciertas normas que no conocíamos escritas, verdad, pero que era parte de la instrucción a partir de las experiencias”. Asimismo, el Manual del buen combatiente de la ORPA, publicado en 1984, contempla un apartado sobre la materia. Sin embargo, llama la atención sobre el respeto de la población civil y de sus bienes: “(…) Los guerrilleros como hijos del pueblo debemos siempre respetarlo, cuidarlo y defenderlo. (…) Se deben de respetar absolutamente las propiedades de los compañeros de la población: la casa, la comida, las siembras, los animales”. Organización del Pueblo en Armas, *Manual del buen combatiente*, material de campaña, 1984, pp. 53 y 58.

normas que regulan las hostilidades y la protección de las víctimas de los conflictos armados.

En cualquier caso, las comisiones de la verdad en América Latina han ido reconociendo paulatinamente la importancia del DIH para conseguir la tan anhelada reconciliación y evitar que las atrocidades se repitan[90]. Tras un período de conflicto armado, es evidente que el perdón se logrará más fácilmente en contextos en los que las partes en conflicto respetaron las normas del DIH. De esta manera, podemos afirmar que dicha reconciliación es una contribución no legal del DIH. Del mismo modo, Sassoli y Bouvier afirman: "En última instancia, el final de todos los conflictos armados es la paz. Al final de un conflicto armado quedan cuestiones territoriales, políticas y económicas por resolver. Sin embargo, el retorno a la paz resulta mucho más fácil si no hay que superar, además, el odio entre los pueblos que las violaciones del DIH invariablemente crean y, ciertamente, exacerban"[91].

90 El Conjunto de Principios (nota 19 *supra*) en su Principio 38, apoya esta visión de la aplicación del DIH como forma de garantizar la no recurrencia. Propone que, durante períodos de restauración o transición a la democracia y/o a la paz, los Estados deberían "emprender un examen amplio de su legislación y sus reglamentaciones administrativas".

91 Marco Sassòli, Antoine Bouvier, *How Does Law Protect in War?*, vol. I, ICRC, Ginebra, 2003, p. 340.

LEYES DE AMNISTÍA*

*Santiago Canton***

"El fin del eufemismo". Así titula el periodista Horacio Verbitsky el artículo del diario *Página 12* de Argentina sobre el fallo del juez federal argentino Gabriel Cavallo, quien declaró la invalidez, inconstitucionalidad y nulidad insalvable de las leyes de "obediencia debida" y "punto final" que permitieron que los crímenes de lesa humanidad cometidos por la dictadura argentina continuaran impunes[1].

Lamentablemente, ese mismo eufemismo se conoció en numerosos países de la región que utilizaron expresiones suaves y decorosas[2] para que las violaciones de los derechos humanos más brutales que padeció nuestra región pretendieran encubrirse bajo el manto de la defensa de la institucionalidad democrática y protección de la cultura occidental, mientras se asesinaba, torturaba, desaparecía y violaba a decenas de miles de habitantes.

Las rupturas constitucionales y los enfrentamientos internos que tuvieron lugar en América Latina durante las décadas de 1970, 1980 y 1990 dejaron profundas heridas que aún no han terminado de cicatrizar. El impacto de las dictaduras y los conflictos internos repercutió negativamente en varios ámbitos: político, social, económico, jurídico, etc.

---

* Artículo publicado originalmente en Canton, Santiago A. "Leyes de amnistía". *Víctimas sin mordaza. El impacto del Sistema Interamericano en la Justicia Transicional en Latinoamérica: los casos de Argentina Guatemala, El Salvador y Perú*. D. R. © 2007 Due Process of Law Foundation. Publicado con permiso.

** Las opiniones expresadas en este artículo son de exclusiva responsabilidad del autor y no representan necesariamente las opiniones de la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, ni de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

1 Horacio Verbitsky, "El fin del eufemismo", *Página 12*, Buenos Aires, 6 de marzo de 2001.

2 Definición de *eufemismo* en *Diccionario de la lengua española*, Madrid, Real Academia Española, 22.ª ed., 2001.

Con el retorno a la democracia, comenzaron a buscarse mecanismos para resolver los problemas heredados; principalmente para hacer justicia por las violaciones del pasado y construir una democracia sostenida por pilares más fuertes que los que sostenían a las democracias del pasado.

En cada país la respuesta fue distinta, pero en todos los casos el desafío que encontraron las nacientes democracias fue la dificultad de hacer justicia por las graves violaciones de los derechos humanos, frente a sectores que mantenían alguna cuota de poder y se oponían a ese reclamo. Las respuestas jurídicas a este desafío se han desarrollado, en su mayoría, en los últimos veinte años. Las experiencias del retorno a la democracia en América Latina proporcionaron los primeros insumos a la jurisprudencia universal.

En todos los casos de este estudio, como Argentina, Uruguay, El Salvador y Perú[3], los Estados actuaron de manera distinta frente a la búsqueda de justicia por las violaciones de los derechos humanos. Sin embargo, en todos los casos se dictaron leyes que limitaron la posibilidad de investigar, juzgar, condenar y reparar el daño causado a las víctimas.

Luego de que organizaciones de derechos humanos y víctimas o familiares de víctimas buscaron justicia en sus propios países y no la consiguieron, acudieron a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH o Comisión) como última alternativa para encontrar una respuesta. Paralelamente, tanto nacional como internacionalmente se inició un debate de naturaleza política y legal sobre las leyes de amnistía. Por un lado, un sector sostenía que las leyes de amnistía eran necesarias para lograr la pacificación y reconciliación nacional, y que de no aprobarse, se pondría en serio riesgo la continuidad del sistema democrático o no se alcanzaría una paz duradera. Por otro lado, estaban quienes sostenían que la justicia es un pilar fundamental de la democracia, y que esta no estaría en terreno firme si no se resolvían con justicia las graves violaciones de los derechos humanos. Si bien en la doctrina y la

3 Chile no es parte de este trabajo, ya que al momento de su preparación la Corte Interamericana de Derechos Humanos está decidiendo un caso sobre la ley de autoamnistía en ese país, que puede modificar sustancialmente la política del Gobierno de Chile en relación con las leyes de amnistía. Sin embargo, vale mencionar que en todos los casos decididos por la CIDH sobre Chile se encontró, al igual que en los casos de Argentina, Uruguay, El Salvador y Perú, que las leyes de amnistía son violatorias de la Convención Americana. En los casos ante la Comisión, el Gobierno de Chile ha sostenido principalmente la necesidad de que la Comisión considere el contexto histórico y la imposibilidad de derogar la ley de autoamnistía impuesta por el Gobierno de facto de Pinochet.

jurisprudencia internacional se ha avanzado bastante en la resolución de este dilema, en la nacional el debate en varios países continúa con la misma vehemencia que en décadas pasadas.

El presente artículo tiene como objetivo analizar la respuesta de la Comisión a las denuncias que argumentaban que las leyes de amnistía[4] eran violatorias de la Convención Americana de Derechos Humanos y cuál fue la respuesta de los Estados a lo manifestado por la Comisión.

Las circunstancias políticas en que se dieron las "leyes de amnistía" en estos cuatro casos tienen similitudes y diferencias. En Argentina y Uruguay se dictaron durante los primeros años del primer Gobierno democrático luego de la dictadura. En el caso de Uruguay, la democracia se logró luego de un proceso de negociación con el poder cívico-militar que había quebrado el orden institucional. Luego de haber asumido el Gobierno democrático Julio María Sanguinetti y habiendo iniciado acciones legales para determinar la responsabilidad por las violaciones de los derechos humanos, se desató una fuerte presión militar días antes de la comparecencia de oficiales militares ante la justicia. El Parlamento uruguayo, entonces, a instancias del presidente, aprobó el 22 de diciembre de 1985 la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado.

En el caso de Argentina, el poder cívico-militar se encontraba seriamente desprestigiado debido, principalmente, al fracaso del proceso de "reorganización nacional" y la derrota militar en el enfrentamiento por las islas Malvinas. Si bien los militares intentaron evitar los juicios por derechos humanos mediante la sanción de una ley de autoamnistía, dicha ley se derogó por inconstitucional apenas asumió el Gobierno Raúl Alfonsín[5], y se procedió, inmediatamente, a enjuiciar a los miembros de las juntas militares que ocuparon el poder entre 1976 y 1983. Paralelamente, se creó la Comisión Nacional de Desaparición de Personas (CONADEP) que, luego de un exhaustivo trabajo, publicó el informe *Nunca más*. Sin embargo, poco tiempo después, a instancias del Gobierno y cediendo a la

4 Se utiliza el término *amnistía* para la mejor comprensión del tipo de leyes a las que hacemos referencia. Sin embargo, desde un punto de vista estricto, algunas de las leyes mencionadas en este artículo son difíciles de encuadrar en la tipología de leyes de amnistía. Para propósitos de este artículo, entendemos por leyes de amnistía aquellas que impiden la investigación, el juzgamiento y la sanción a responsables de las violaciones de los derechos humanos.

5 La ley de autoamnistía fue sancionada el 27 de septiembre de 1983, un mes antes de las elecciones que llevarían al poder a Raúl Alfonsín. Esa Ley de Pacificación Nacional n.° 22.924 fue derogada el 22 de diciembre de 1983 por la Ley 23.040.

presión de las fuerzas armadas, el Congreso aprobó las leyes de amnistía conocidas como Leyes de Obediencia Debida y Punto Final.

En el caso de Perú, el Gobierno de Fujimori, de dudosa o ninguna legitimidad democrática tanto de origen como de ejercicio, dictó las Leyes de Amnistía 26.479 y 26.492 el 14 de junio de 1995, que tenían como objetivo amnistiar al personal militar, policial o civil involucrado en violaciones de los derechos humanos cometidas desde 1980 hasta la fecha de la promulgación de la ley. El escándalo de los videos de Vladimiro Montesinos, la presión de la comunidad internacional y la movilización de la sociedad civil peruana aceleró la caída del régimen de Fujimori. En este sentido, el desprestigio del sector cívico-militar del régimen de Fujimori-Montesinos es similar al de los militares argentinos. En cambio, en el caso de Uruguay, la dictadura saliente contó con mayor poder de negociación que le permitió reservarse algunos privilegios para el futuro.

Por último, la situación de El Salvador es distinta al resto. El fin de la guerra civil de varias décadas de duración se logra luego de un acuerdo en el que la comunidad internacional y especialmente la ONU tuvieron un papel fundamental para lograr la paz[6]. Como parte de los acuerdos de paz, se creó una Comisión de la Verdad cuyo objetivo fue investigar los graves hechos de violencia y recomendar disposiciones de orden legal, político y administrativo. Sin embargo, tan solo cinco días después de publicarse el informe *De la locura a la esperanza*, se aprobó la ley de amnistía n.° 486, denominada Ley de Amnistía para la Consolidación de la Paz. La alianza que abogó y consiguió la aprobación de las leyes de amnistía en contra de las recomendaciones de la Comisión de la Verdad aún se mantiene en el poder y no se ha modificado su posición en relación con dichas leyes.

Los casos de Argentina y Perú son los que mejor muestran el efecto positivo que puede tener el Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos. En ambos casos, la CIDH, los Estados y la sociedad civil se entrecruzaron en un diálogo que permitió a las víctimas y familiares encontrar un espacio donde fueran escuchados. A los Estados les permitió apoyarse en órganos de protección de derechos humanos

6 El 16 de enero de 1992 se firmó el Acuerdo de Paz de El Salvador, también conocido como Acuerdo de Chapultepec. Para llegar a él se firmaron anteriormente otros cuatro en Caracas, San José, México y Nueva York. Véase al respecto el artículo de Benjamín Cuéllar Martínez, “Los dos rostros de la sociedad salvadoreña”, en *Verdad, justicia y reparación*, 2005, Instituto Interamericano de Derechos Humanos y el Instituto para la Democracia y la Asistencia Electoral, 2005, 145 p.

para poner en práctica decisiones que fortalecieran el Estado de derecho, pero que en muchos casos, por circunstancias de política interna, son difíciles de implementar. A la Comisión le permitió hacer un aporte de gran importancia a la jurisprudencia americana y universal, no solo porque recuperó para el ser humano la dignidad que le quitaron los Estados represores, sino también porque sus decisiones se dirigieron directamente a socavar una de las principales amenazas que aún debilitan las democracias de la región: la impunidad.

En el otro extremo se encuentra El Salvador, donde el Sistema Interamericano no ha logrado modificar la política de los distintos Gobiernos democráticos que se han sucedido desde el fin del enfrentamiento armado. En medio está el caso de Uruguay, donde el Sistema Interamericano aún no ha logrado tener el efecto que ha tenido en Perú o en Argentina, sin embargo, en el último año se han realizado algunos avances significativos que lentamente están modificando las políticas de derechos humanos sostenidas durante las décadas recientes.

Resolver las consecuencias de las violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos cometidas en la región ha sido, posiblemente, el mayor desafío político, económico y jurídico de las últimas décadas. Los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos no fueron ajenos a este desafío. Desde hace décadas la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos han hecho importantes contribuciones que permiten, lejos del calor de los debates internos, esclarecer un tema que ha estado fundamentado más en argumentos políticos que jurídicos.

1. Doctrina y jurisprudencia de la CIDH

La Comisión Interamericana se ha referido a la incompatibilidad de las leyes de amnistía tanto en sus informes sobre casos individuales como en los anuales y por países. La primera oportunidad en la que la Comisión se pronunció sobre las leyes de amnistía fue en el Informe anual de 1985-1986. Para ese entonces ya había comenzado, en algunos países de la región, la transición a la democracia y empezaban a surgir, asimismo, las dificultades para investigar las graves violaciones de los derechos humanos.

En el Informe 1985-1986, pareciera que la Comisión tratara de mantener un difícil equilibrio entre exigir a los Estados la obligación de investigar y sancionar a los responsables y, al mismo tiempo, de que “no

llegue a arriesgarse ni la urgente necesidad de reconciliación nacional ni la consolidación del régimen democrático”[7].

Luego de este Informe anual, la CIDH tiene la oportunidad de desarrollar su jurisprudencia en relación con las leyes de amnistía en los informes sobre peticiones individuales. Los primeros tres informes de la Comisión en los que encuentra que las leyes de amnistía violan la Convención Americana se aprueban durante el período de sesiones de septiembre/octubre de 1992. El primero es el caso Las Hojas, de El Salvador[8], donde la Comisión, en un análisis jurídico muy limitado, concluye que las leyes de amnistía son violatorias de la Convención. En los otros dos informes, relacionados con casos de Uruguay[9] y Argentina[10], la CIDH hace un análisis más elaborado y concluye que las leyes de amnistía, al privar a las víctimas de su derecho a obtener una investigación judicial en sede criminal que permita individualizar y sancionar a los responsables, son incompatibles con las garantías judiciales establecidas en el artículo 8 de la Convención Americana y el derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25. Estas decisiones de un organismo internacional con funciones jurisdiccionales son, posiblemente, las primeras que internacionalmente resuelven que las leyes de amnistía violan el derecho internacional de los derechos humanos. En los otros doce casos en los que la CIDH analizó la compatibilidad de las leyes de amnistía con la Convención Americana, la Comisión se basó en el mismo razonamiento[11].

---

7 CIDH, Informe anual 1985-1986, OEA/Ser.L/V/II.68, doc. 8 rev. 1.

8 CIDH, Informe 26/92, Caso 10.287, *Masacre Las Hojas*, El Salvador, 24 de septiembre de 1992.

9 CIDH, Informe 29/92, Casos 10.029, 10.036, 10.145, 10.305, 10.372, 10.373 y 10.375, Uruguay, 2 de octubre de 1992.

10 CIDH, Informe 28/92, Casos 10.147, 10.181, 10.240, 10.262, 10.309 y 10.311, Argentina, 2 de octubre de 1992.

11 Los casos aprobados por la Comisión en los que se establece la incompatibilidad de las leyes de amnistía con la Convención Americana son: Informe 26/92, *Masacre Las Hojas* (El Salvador); Informe 28/92 (Argentina); Informe 29/92 (Uruguay); Informe 34/96 (Chile); Informe 36/96, *Héctor Marcial Garay Hermosilla y otros* (Chile); Informe 25/98, *Mauricio Eduardo Jonquera Encina y otros* (Chile); Informe 1/99, *Lucio Parada Cea y otros* (El Salvador); Informe 133/99, *Carmelo Soria Espinoza* (Chile); Informe 136/99,*Ignacio Ellacuría y otros* (El Salvador); Informe 37/99, *Monseñor Óscar Arnulfo Romero y Galdamez* (El Salvador); Informe 61/01, *Samuel Alfonso Catalán Lincoleo* (Chile); Informe 28/00, *Barrios Altos* (Perú); Informe 30/05, *Luis Alfredo Almonacid* (Chile).

Además de referirse a las amnistías en los informes anuales y de casos, la Comisión tuvo la oportunidad de analizar este tema en informes especiales sobre países[12]. En estos casos, la CIDH se basó principalmente en la jurisprudencia iniciada en 1992 en los informes sobre peticiones de Argentina y Uruguay.

La simpleza con la que la Comisión decide estos casos se contrapone con la dificultad de la discusión en varios países de la región. Internamente, las discusiones sobre las leyes de amnistía estuvieron guiadas por argumentos principalmente políticos. El eje central era la necesidad de lograr la pacificación nacional y la búsqueda de justicia podía obstaculizar el retorno o la continuidad de la democracia. Era muy difícil lograr una discusión que se centrara en la búsqueda de justicia y que estuviera enfocada al derecho de las víctimas. La Comisión era muy consciente del debate. Las visitas *in loco*, las comunicaciones con Estados y peticionarios y los debates en los órganos políticos de la OEA hacían referencia a los problemas que enfrentaban los Gobiernos y la sociedad para hacer justicia por las violaciones del pasado. Sin embargo, en los casos individuales, lejos del calor de la política interna y apegándose a la letra de la Convención Americana de Derechos Humanos, la Comisión no dudó en considerar que las leyes de amnistía eran violatorias de la Convención Americana.

Si bien las decisiones de la Comisión Interamericana en 1992 fueron las primeras de esta naturaleza, se realizaron en un contexto de desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos, en el que ya existía apoyo a lo planteado por la CIDH. Hoy en día, gracias a nuevos avances como los estatutos de los Tribunales para Ruanda, la ex Yugoslavia y la Corte Penal Internacional, existe más claridad en relación con el tipo de crímenes que no pueden ser amnistiados.

En principio, se prohíben las amnistías generales para los casos de crímenes graves contra el derecho internacional. Dentro de esta categoría

12 Entre otros, los Informes sobre El Salvador de 1994, Perú de 2000 y Colombia de 1999. En el Informe sobre Colombia, la Comisión expresó: “En este sentido, la CIDH ha establecido de manera consistente que si bien la adopción de normas destinadas a amnistiar a los responsables por el delito de alzarse en armas contra el Estado puede ser una herramienta útil en el marco de los esfuerzos por alcanzar la paz, tanto las leyes de amnistía como las medidas legislativas similares que impiden o dan por terminada la investigación y juzgamiento de crímenes de derecho internacional impiden el acceso a la justicia y hacen ineficaz la obligación de los estados parte de respetar los derechos y libertades reconocidos en la Convención y de garantizar su libre y pleno ejercicio”.

se encuentran las violaciones graves de la Convención de Ginebra de 1949, al Protocolo Adicional I y otras violaciones del derecho internacional humanitario que sean violatorias del derecho internacional, genocidio y crímenes contra la humanidad. Asimismo, en los últimos años se ha avanzado en la definición de los crímenes contra la humanidad. Los estatutos de los Tribunales de Ruanda, y de la ex Yugoslavia, así como de la Corte Penal Internacional, incluyen asesinatos, exterminación, esclavitud, deportación, privación de libertad, tortura y violaciones, cuando son sistemáticos, generalizados y dirigidos contra la población civil[13].

La decisión de la CIDH y los nuevos planteamientos del derecho internacional no implican la imposibilidad de utilizar las amnistías como un mecanismo para alcanzar la paz en situaciones de conflictos o para resolver conflictos que afectan el normal funcionamiento de la democracia. En este sentido, es indudable que las amnistías continúan siendo un importante instrumento de negociación política que los Estados se reservan para buscar soluciones a conflictos que afectan al Estado de derecho. Sin embargo, para que tengan validez, deben respetar rigurosos estándares internacionales. De lo contrario, las leyes de amnistía podrían ser declaradas sin validez por tribunales nacionales e internacionales. Este importante desarrollo del derecho internacional tiene como objetivo principal recuperar la dignidad humana y rescatar de esta manera un ingrediente esencial para el afianzamiento del Estado de derecho: la lucha contra la impunidad.

2. Análisis por país

2.1. El Salvador

El Salvador es el país donde se registra el menor cumplimiento de las recomendaciones de la CIDH. A pesar de que la Comisión realizó visitas, aprobó informes de casos y de que la sociedad civil nacional e internacional presentaron denuncias ante la CIDH, ha sido difícil sostener con el Gobierno un diálogo orientado a cumplir las recomendaciones relacionadas con las leyes de amnistía.

Para entender la política de El Salvador en relación con la CIDH y las leyes de amnistía, es necesario hacer una breve referencia histórica.

13 Para un análisis actualizado sobre las violaciones que no se pueden amnistiar véase *Negotiating Justice?, Human Rights and Peace Agreements*, cap. IV: “Dealing with the Past”, International Council on Human Rights Policy, 2006.

Con anterioridad a la firma, el 16 de enero de 1992, del histórico Acuerdo de Paz de El Salvador, el 27 de abril de 1991 se firmó en México un acuerdo entre el Gobierno de El Salvador y el FMLN que creó la Comisión de la Verdad. Esta tenía como objetivo “investigar los graves hechos de violencia ocurridos desde 1980, cuya huella sobre la sociedad reclama con mayor urgencia el conocimiento público de la verdad”[14].

En relación con la necesidad de hacer justicia por los casos de violaciones de derechos humanos, la Comisión de la Verdad concluyó: “La sanción a los responsables de los crímenes descritos es un imperativo de la moral pública”. Asimismo la Comisión, consciente de la seria dificultad de que la justicia salvadoreña cumpla su función de investigar y sancionar a los culpables, continúa diciendo: “Sin embargo, no existe una administración de justicia que reúna los requisitos mínimos de objetividad e imparcialidad para impartirla de manera confiable”. Finalmente, la Comisión expresa que espera que en un futuro, con otra administración de justicia, sea posible que se “aplique cumplida y oportuna justicia”[15].

La respuesta de las autoridades a este informe, que claramente expresa la necesidad de investigar y sancionar a los responsables de las graves violaciones de los derechos humanos, no se hizo esperar. Cinco días después de que la Comisión de la Verdad hiciera público el informe titulado *De la locura a la esperanza*, la Asamblea Legislativa aprobó la Ley de Amnistía para la Consolidación de la Paz (Decreto n.° 486), garantizando la impunidad por las graves violaciones de los derechos humanos. El secretario general de la ONU, Kofi Annan, resume el significado de dicha ley de la siguiente manera: “La celeridad con que esta ley se aprobó en la Asamblea Legislativa puso de manifiesto la falta de voluntad política de investigar y llegar a la verdad mediante medidas judiciales y castigar a los culpables”[16].

En ese contexto se debe analizar la influencia del Sistema Interamericano en El Salvador. La voluntad política manifestada al aprobar una ley de amnistía solo cinco días después de que una comisión integrada por personas de gran prestigio internacional[17] recomendara la sanción de

14 Cuéllar, *op. cit*., p. 158.

15 *Ib*.

16 Informe del secretario general de la ONU, Kofi Anan, a la 51 Asamblea General, doc. A/51/149, 1 julio de 1997.

17 Los tres miembros que encabezaban la Comisión de la Verdad eran Belisario Betancur, Thomas Buergenthal y Reinaldo Figueredo Planchart.

los responsables de las graves violaciones de los derechos humanos, se ha mantenido sin cambios. Los Gobiernos que se han sucedido en el poder han insistido en la imposibilidad de derogar las leyes de amnistía, en tanto representan la "piedra angular" de los acuerdos de paz[18].

Como ya se explicó, antes de la aprobación del Decreto 486, la Comisión ya había decidido un caso en relación con una ley de amnistía anterior aprobada durante el Gobierno del presidente Napoleón Duarte. En ese primer informe (26/92), la CIDH encuentra responsable al Estado salvadoreño de la masacre en Las Hojas, en febrero de 1983, donde aproximadamente 74 personas fueron asesinadas por las fuerzas de seguridad. Luego de iniciados los procesos judiciales internos, y cuando existía la posibilidad de detener a un coronel responsable de la masacre para ser imputado, la Asamblea Legislativa aprobó una ley de amnistía en octubre de 1987. La Corte Suprema salvadoreña dio entonces por finalizado el caso, garantizando de esta manera impunidad para los autores materiales e intelectuales de la masacre de Las Hojas. Durante el proceso ante la Comisión, el Gobierno de El Salvador en ningún momento respondió a las solicitudes de información.

En este caso, luego de un análisis más simple que en los casos de Argentina y Uruguay, aprobados en el mismo período de sesiones, la Comisión encuentra que el Gobierno de El Salvador, al haber aprobado la ley de amnistía, "eliminó legalmente la posibilidad de una investigación efectiva y el procesamiento de los responsables, así como una adecuada compensación para las víctimas y sus familiares, derivada de la responsabilidad civil por el ilícito cometido"[19].

Con base en esta nueva ley de amnistía, la Comisión resolvió otros tres casos; dos de ellos de indudable valor simbólico, el Informe 136/99, Ignacio Ellacuria y el Informe 37/99, monseñor Óscar Arnulfo Romero y Galdamez; el tercero es el Informe 1/99, Lucio Parada Cea y otros. En

18 Palabras del presidente Flores en conferencia de prensa el 18 de octubre de 2002, en Cuéllar, *op. cit*., p. 170.

19 En los informes sobre las leyes de amnistía en Argentina y Uruguay, la Comisión hace un análisis más detallado sobre las violaciones de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana. Sin embargo, en el caso *Las Hojas*, la Comisión no analiza la incompatibilidad de las leyes de amnistía en relación con dichos artículos de la Convención, a pesar de que sí encuentra violaciones del 8 y 25, y prefiere sustentarlo en la prohibición según el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados que prohíbe que un Estado invoque unilateralmente la ley nacional como justificación para no cumplir con las obligaciones impuestas. Corte Interamericana, *Masacre Las Hojas vs. El Salvador*, caso 10.287, Informe 26/92, OEA/Ser L/V/II.83, doc. 14-83 (1993).

estos tres casos el Estado se limitó a responder haciendo referencia a las distintas etapas seguidas en la jurisdicción interna que, en todos los casos, finalizaba con la libertad de los imputados debido a la aplicación de la ley de amnistía.

El eje central de la argumentación del Estado fue la necesidad de contar con la ley de amnistía para "pacificar" al país y fortalecer la democracia. La respuesta que envía el Estado en su defensa por el asesinato de monseñor Romero ejemplifica esa posición:

> Con la histórica firma de los Acuerdos de Paz el 16 de enero de 1992, se puso fin al conflicto fratricida que causó miles de víctimas y afectó y polarizó a la sociedad salvadoreña, estableciéndose de esa manera los fundamentos de la paz para buscar, a partir de ella, la anhelada reconciliación nacional y el reencuentro de la familia salvadoreña.
>
> El logro de la paz en El Salvador se consiguió con esfuerzos y grandes sacrificios, y en el camino viable y eficaz para tratar de asegurarla, mejorar la situación de los derechos humanos y construir la democracia, fueron acordadas medidas necesarias con base en el nuevo consenso nacional y la voluntad política de quienes suscribieron la paz, orientadas a estabilizar las condiciones del ánimo de la Nación con miras a la tan deseada reconciliación.
>
> En su momento fueron revelados sucesos violentos producidos durante los años sangrientos del conflicto armado, y ello fue parte de un mecanismo acordado para destacar los hechos de trascendencia en el conflicto y con el propósito de que al conocerlos, no se repitieran en la historia de El Salvador.
>
> Este mecanismo sin precedentes para El Salvador, con verificación de las Naciones Unidas, revisó una parte de la violencia del conflicto armado y puso sobre el tapete la necesidad de cerrar un capítulo trágico de nuestra historia y, con ello, evitar abrir heridas recién cerradas o, en el peor de los casos, evitar una cadena de venganzas que en definitiva pudo haber acarreado una nueva polarización en la sociedad salvadoreña.

> El Informe de la Comisión de la Verdad representó un paso tan importante como necesario en el proceso de paz salvadoreño. En ese sentido, la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos, institución creada por los Acuerdos de Paz, en un mensaje público del 27 de marzo de 1993, finalizaba con un "llamado al gobierno de la República, a los diferentes sectores políticos, a la Fuerza Armada y a las instituciones de la República para que las conclusiones y recomendaciones del Informe de la Comisión de la Verdad se procesen con perspectiva ética e histórica, como una opción necesaria para afirmar la paz, como un paso indispensable para la efectiva reconciliación, y como un punto de búsqueda común de una sociedad democrática", añadiendo que "las medidas que se adopten en relación con sus disposiciones deben preservar uno de los más importantes logros del proceso de paz: la vocación y el compromiso por la conciliación, por el consenso nacional y la concertación de todas las fuerzas políticas y sociales".
>
> En El Salvador se conoció la verdad y no se la cubrió, y las medidas que se tomaron posteriormente estuvieron encaminadas a asegurar la existencia de un Estado democrático y en paz como única forma para preservar los derechos humanos. La Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz perseguía esos fines.
>
> La prueba del éxito del esfuerzo logrado en El Salvador a favor de la reconciliación nacional está a la vista[20].

Algunas ONG de derechos humanos se mantienen activas tratando de abrir caminos que permitan investigar y juzgar a los responsables de las violaciones de los derechos humanos. En esa búsqueda se han apoyado, entre otras cosas, las decisiones del Sistema Interamericano. El Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Centroamericana (IDHUCA), en una denuncia penal presentada ante el fiscal general en marzo de 2000, solicitó que se promoviera la acción penal contra varios militares salvadoreños, entre ellos, el ministro de Defensa y el presidente

20 CIDH, Informe 37/00, caso 11.481, *monseñor Óscar Arnulfo Romero y Galdamez*, El Salvador, 13 de abril de 2000.

de la República al momento de ocurrir los hechos. En la denuncia se adjuntan el Informe de la Comisión de la Verdad y el Informe de la Comisión Interamericana y, entre diversos argumentos, sostienen que el Sistema Interamericano ya ha establecido la incompatibilidad entre las leyes de amnistía y la Convención Americana de Derechos Humanos[21].

Sin embargo, las conclusiones del Informe de la Comisión de la Verdad sobre la imposibilidad de que en esta materia se pueda hacer justicia en El Salvador permanecen vigentes. La CIDH ha realizado audiencias de seguimiento, pero la respuesta del Estado es la misma, sigue sin abrir ninguna posibilidad de cumplir las recomendaciones de la CIDH.

2.2. Uruguay

Uruguay es uno de los países donde el Sistema Interamericano tiene poca presencia tanto institucional como en la sociedad civil[22]. La CIDH nunca realizó una visita *in loco* a Uruguay. Es, además, el país de América Latina con menos casos en trámite ante la Comisión. Por consiguiente, no es de extrañar que las decisiones de la Comisión en relación con las leyes de amnistía hayan tenido muy poco o ningún impacto en el ordenamiento jurídico y político del país.

La ley de amnistía, Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado, fue aprobada el 22 de diciembre de 1986, y refrendada por un referendo popular el 16 de abril de 1989. Dicha ley impidió procesar y condenar a militares y policías que secuestraron, torturaron, violaron, asesinaron y ocultaron cadáveres durante el Gobierno de facto.

La Comisión, durante los años de la dictadura en Uruguay, al igual que en los casos de Argentina y Chile, recibió denuncias por violaciones de los derechos humanos. En el caso 2155, sobre la detención, prisión y tortura del señor Enrique Rodríguez Larreta Piera, la Comisión emitió la Resolución 20/81, en la que resolvió que el Estado uruguayo violó los artículos 1 (Derecho a la seguridad e integridad de la persona) y 25 (Derecho contra la detención arbitraria) de la Declaración Americana

21 En parte de su escrito, el IDHUCA expresó: "Con base en lo anterior, puede decirse que las conclusiones y recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos reafirman lo ya previsto en la ley: el hecho de que es totalmente legal y procedente iniciar la acción penal respectiva contra los ahora denunciados en este libelo, por determinarse que no es legal aplicar las normas de la Ley de Amnistía, en perjuicio de la Convención".

22 Conjuntamente con República Dominicana, es el país con menos denuncias en la CIDH.

de los Derechos y Deberes del Hombre, y recomendó al Gobierno de Uruguay que: “Disponga una investigación completa e imparcial para determinarla autoría de los hechos denunciados y, de acuerdo con las leyes uruguayas, sancione a los responsables de dichos hechos”[23]. Estas decisiones se tomaron durante la dictadura y no hubo ninguna respuesta ni cumplimiento por parte del Gobierno uruguayo.

En 1987, durante el primer Gobierno democrático que sucedió a la dictadura, y cuando ya se había aprobado la Ley de Caducidad y se había ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos, el señor Enrique Rodríguez Larreta Piera, frente al incumplimiento de las recomendaciones hechas en 1981, se presentó ante la Comisión y solicitó que se “urja al Gobierno de Uruguay para que adopte las medidas necesarias para dar cumplimiento, sin pérdida de tiempo, a lo resuelto por la Comisión en 1981”. La Comisión decidió darle curso a esta solicitud y acumularla con otros siete casos, para sumar un total de 17 víctimas de violaciones de los derechos humanos.

La Comisión aprobó el Informe en octubre de 1991 y encontró que el Estado uruguayo había violado los artículos 1, 8 y 25 de la Convención Americana, al no permitir, debido a la Ley de Caducidad, la investigación y sanción a los responsables de las violaciones de los derechos humanos.

Las respuestas de Uruguay critican fuertemente a la Comisión y basan su defensa, principalmente, en la necesidad de encontrar un equilibrio entre justicia y paz para mantener el sistema democrático. En la respuesta, el Gobierno además expresa su más “profunda y enérgica discrepancia, en tanto la Comisión ha desconocido de modo flagrante los esfuerzos del Gobierno y pueblo de Uruguay por recuperar —como lo ha hecho— la plena vigencia del Estado de derecho en la República”. Asimismo, el Gobierno acusó a la Comisión de “incomprensión, desconocimiento, disgusto e insensibilidad”. Frente a estas respuestas que no dejaban dudas sobre la falta de voluntad del Gobierno de cumplir con las recomendaciones, la Comisión decidió publicar, en octubre de 1992, el Informe 29/92.

Esta posición del Gobierno de Uruguay se mantendrá por varios años y cambios de Gobiernos y partidos políticos en el poder. En la primera audiencia de seguimiento ante la CIDH, el 6 de octubre de 1997, la posición del Gobierno fue continuar con la política de no reconocer

23 Aprobado por la Comisión, en su 698.ª sesión, el 6 de marzo de 1981, OEA/Ser.L/V/II.52, doc. 30.

las recomendaciones de la Comisión basándose, principalmente, en la constitucionalidad de la ley de amnistía y en la importancia de haber sido refrendada mediante un referéndum nacional.

El 1 de marzo de 2005 asumió la presidencia de Uruguay el doctor Tabaré Vázquez. En su discurso de toma de poder ante la Asamblea General del Poder Legislativo expresó su "compromiso de promover una política activa en materia de derechos humanos" y reconoció que "a veinte años de recuperada la institucionalidad democrática aún subsisten en materia de derechos humanos zonas oscuras". Asimismo, anunció que la Ley de Caducidad no sería modificada: "Reconozcamos también que por el bien de todos es necesario y posible aclararlas [las violaciones de los derechos humanos] en el marco de la legislación vigente, para que la paz se instale definitivamente en el corazón de los uruguayos". La política del nuevo Gobierno ha sido la de avanzar en la búsqueda de verdad y justicia dentro de las serias restricciones que le impone la Ley de Caducidad.

La voluntad de tener una política activa en materia de derechos humanos abrió la puerta para que los grupos de derechos humanos exploraran, nuevamente, la posibilidad de avanzar en el cumplimiento de las recomendaciones de la CIDH en el Informe 29/92. El Instituto de Estudios Legales y Sociales de Uruguay (IELSUR) solicitó una audiencia ante la CIDH que tuvo lugar el 17 de octubre de 2005 y una segunda audiencia el 10 de marzo de 2006. En ambas, el Gobierno modificó sustancialmente su política de rechazo a las conclusiones del Informe 29/92 y expresó que aceptaban la invitación a la audiencia de la CIDH "con el propósito esencial de poner énfasis en la información sobre desarrollos sustanciales en relación con el cumplimiento de las recomendaciones formuladas al Gobierno de mi país en el Informe 29/92"[24]. De igual manera se sostuvo que el nuevo Gobierno buscaba dar un "viraje fundamental", un "giro sin precedentes" en la política del Estado uruguayo en relación con este tema.

Las expresiones del nuevo Gobierno fueron acompañadas por algunas iniciativas destinadas a esclarecer las violaciones de los derechos humanos cometidas durante la dictadura, como la búsqueda de restos humanos en destacamentos militares y la limitación del alcance de la Ley de Caducidad. Más allá de estos logros sin precedentes, dicha ley continúa siendo un obstáculo infranqueable en la búsqueda de justicia por las violaciones de derechos humanos ocurridas durante la dictadura.

24 Presentación del embajador de Uruguay Juan Enrique Fischer en la audiencia pública ante la CIDH, celebrada en Washington D.C., el 17 de octubre de 2005.

2.3. Argentina

El mandato de la CIDH para recibir denuncias sobre violaciones de los derechos humanos le ha permitido no solamente conocer sobre esos casos de manera individual, sino también, con bastante precisión, sobre situaciones de violaciones masivas de los derechos humanos. Esto le facilita actuar con rapidez, alertando a la comunidad internacional sobre una situación que merezca atención inmediata y así evitar que las violaciones masivas de derechos humanos continúen. Esta función, conocida como “alerta temprana” es, posiblemente, la principal función de la CIDH, ya que permite la participación temprana de la comunidad internacional para frenar violaciones de los derechos humanos.

En este contexto, el análisis sobre el impacto de la CIDH en Argentina no puede ignorar las actuaciones de la Comisión en la década de 1970, tanto en la recepción de denuncias, como su visita *in loco* realizada en 1979. En pocos casos se puede ver con tanta claridad el impacto del Sistema Interamericano de protección de Derechos Humanos. La CIDH cumplió una función importante en Argentina desde el comienzo de las violaciones masivas y sistemáticas, hasta la decisión final de la Corte Suprema de Argentina en 2005. Durante treinta años, la Comisión, la Corte, los grupos de derechos humanos y el Estado se entrecruzaron en un diálogo no siempre amistoso que permitió que una situación que afecta el centro mismo del fortalecimiento del Estado de derecho, se resolviera con base en sólidos criterios jurídicos aceptados por la comunidad internacional.

La gran cantidad de denuncias recibidas a mediados de los setenta y el tipo de violaciones denunciadas fue uno de los factores que llevó a la CIDH a realizar una visita *in loco* a Argentina en septiembre de 1979, que tuvo un efecto muy importante, tanto en la dictadura, que comenzó a percibir que la impunidad con la que actuaban podía tener límites, como en miles de personas que vieron en la Comisión la oportunidad de que sus denuncias fueran escuchadas, ya que internamente se les habían cerrado todas las puertas. El informe de la visita puso en conocimiento de la comunidad internacional las violaciones masivas y sistemáticas cometidas por la dictadura y obligó al Gobierno militar a responder internacionalmente por las violaciones de los derechos humanos.

Las denuncias, la visita *in loco* y el Informe le permitieron a la Comisión tener un conocimiento muy cercano sobre la difícil situación que se estaba viviendo en Argentina, así como lograr una gran legitimidad ante la comunidad internacional, los Gobiernos argentinos posteriores a

la dictadura y, sobre todo, ante millones de argentinos. Esta legitimidad hizo posible que, años después, las víctimas de violaciones de los derechos humanos acudieran nuevamente a la Comisión para que decidiera sobre la compatibilidad de las leyes de amnistía con la Convención Americana.

A partir de 1987, la Comisión comenzó a recibir peticiones en las que se denunciaba que las leyes de amnistía[25] eran violatorias de la Convención Americana. De manera específica se menciona que la sanción y aplicación de esas leyes violaban, entre otros, el derecho de protección judicial, consagrado en el artículo 25, así como las garantías judiciales consagradas en el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

La respuesta del Gobierno buscó, por un lado, evitar que la Comisión encontrara la "naciente democracia" como violatoria de los derechos humanos, pero al mismo tiempo, debido principalmente al prestigio de la CIDH en Argentina, decidió no enfrentarse a la Comisión. El Gobierno, encabezado en ese momento por el presidente Menem, argumentó que Argentina era el país que mejor había afrontado el "difícil problema" de encontrar soluciones a las violaciones de los derechos humanos del pasado, y que fueron las instituciones democráticas y "los propios sectores nacionales afectados" los que encontraron soluciones fundadas en la urgente necesidad de reconciliación nacional y consolidación del régimen democrático. El Gobierno, además, hace referencia a todas las actividades realizadas tanto durante su gestión, como en el Gobierno anterior del presidente Alfonsín, y menciona a la Comisión Nacional sobre Desaparición de Personas (CONADEP) y las distintas leyes y decretos que buscaron, mediante indemnizaciones, beneficios y pensiones, reparar a las víctimas y familiares de las graves violaciones del pasado.

La Comisión, luego de hacer un importante reconocimiento a los esfuerzos de los Gobiernos argentinos posteriores a la dictadura para buscar soluciones a las violaciones del pasado, aprobó el Informe 28/92, en el que encuentra violaciones de los artículos 1, 8 y 25 de la Convención Americana, y recomienda al Gobierno argentino esclarecer los hechos e individualizar a los responsables de las violaciones de los derechos humanos ocurridas durante la dictadura militar[26].

25 Me refiero a la Ley 23.492 promulgada el 24 de diciembre de 1986 y a la Ley 23.521 promulgada el 8 de junio de 1987, conocidas como de Obediencia Debida y Punto Final.

26 Posiblemente considerando la similitud en los hechos denunciados, en los artículos de la Convención violados y en el impacto político que la decisión podría tener sobre los Gobiernos, la Comisión aprobó el Informe 28/92 junto con el Informe 29/92 contra

Uno de los desafíos principales del Sistema Interamericano de Derechos Humanos es la falta de voluntad política para cumplir las recomendaciones y decisiones tanto de la Comisión como de la Corte. Asimismo, la capacidad de seguimiento de la Comisión a sus propios informes para exigir su cumplimiento es muy limitada, principalmente por razones presupuestarias. El Informe 28/92 no fue una excepción, y el Estado argentino no cumplió con las recomendaciones de la Comisión.

Tuvieron que pasar tres años para que, gracias al trabajo de peticionarios individuales, en combinación con grupos de derechos humanos argentinos e internacionales, el Sistema Interamericano y el Estado argentino, se iniciara un proceso que no solo tendría un impacto importante en Argentina, sino que también modificaría el procedimiento de seguimiento de los casos ante la Comisión Interamericana. El 19 de junio de 1995 la Comisión recibió una petición en la que se solicitaba la reapertura del Informe 28/92 con base en hechos nuevos que habían ocurrido en Argentina[27]. Estos se referían a declaraciones públicas de oficiales de las fuerzas armadas que reconocían las violaciones ocurridas durante la dictadura. Al comienzo, la Comisión fue reacia a reabrir el caso, pero los peticionarios solicitaron en numerosas oportunidades una audiencia ante la Comisión para exponer los nuevos hechos. Finalmente, el 9 de octubre de 1996, la Comisión otorgó una audiencia de seguimiento[28]. Luego de esta audiencia, la Comisión continuó celebrando otras, correspondientes al Informe 28/92, proveyendo así un importante espacio de diálogo entre la sociedad civil y el Estado.

El “diálogo” entre el Estado argentino y los grupos de derechos humanos no se agotaría ahí. En octubre de 1998, la señora Carmen Aguiar de Lapacó y nueve organizaciones de derechos humanos presentaron una

Uruguay, y el Informe 26/92 contra El Salvador, donde también encuentran violación de la Convención Americana por aplicación de las leyes de amnistía.

27 La presentación inicial fue enviada por los doctores Rodolfo María Ojea Quintana, Tomás María Ojea Quintana y Alicia Beatriz Oliveira. Con posterioridad se sumarían a esta petición la doctora María Elba Martínez Huamán, Rights Watch/Américas, el Centro para la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL), el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) y el Servicio Paz y Justicia (SERPAZ).

28 En este mismo período de sesiones la Comisión también otorgó una audiencia de seguimiento sobre un caso de Colombia. Estas dos audiencias son las primeras en las que la Comisión empieza a dar seguimiento a sus casos a través de audiencias.

petición a la Comisión, fundamentada en el rechazo de las autoridades argentinas de la solicitud de la señora Lapacó para que se determine lo ocurrido a su hija Alejandra Lapacó[29]. Luego de que la CIDH declarara el Informe admisible[30], la Comisión se puso a disposición de las partes para iniciar una solución amistosa.

En febrero de 2000 el Gobierno argentino firmó un Acuerdo de Solución Amistosa[31] con la señora Lapacó, en el que se comprometía a aceptar y garantizar el derecho a la verdad, entendido como el agotamiento de todos los medios para alcanzar el esclarecimiento sobre lo sucedido con las personas desaparecidas. En segundo lugar, el Gobierno argentino se comprometía a que todos los casos de averiguación de la verdad sobre el destino de las personas desaparecidas pasara a ser de competencia exclusiva de las Cámaras Nacionales en lo Criminal y Correccional de todo el país. De esta manera se lograba una mayor coherencia en las decisiones sobre esta misma materia que, hasta el momento, se encontraban desconcentradas en distintos juzgados. En tercer lugar, el Gobierno argentino se comprometía a destinar dentro del Ministerio Público un cuerpo de fiscales *ad hoc* para que coadyuvara en las causas de búsqueda de la verdad y destino final de personas desaparecidas. Con este acuerdo se logra no solo contar con mayor apoyo para la realización de las investigaciones, sino también que un grupo de fiscales se especialice en esta materia y facilite las investigaciones.

Paralelamente a las presentaciones y audiencias ante la CIDH, los grupos de derechos humanos reclamaron ante la justicia argentina la nulidad de las leyes de amnistía. Entre los argumentos utilizados para sustentar sus posiciones están las decisiones de la Comisión, en particular el Informe 28/92, y a partir del 2001 el caso *Barrios Altos* de la Corte Interamericana[32].

Todos estos esfuerzos darían buen resultado. El 14 de junio de 2005, en el caso querellado por el Centro de Estudios Legales y Sociales

29 El 16 de marzo de 1977, doce hombres armados entraron en el domicilio de la señora Lapacó y trasladaron a Alejandra Lapacó, Marcelo Butti Arana, Alejandro Aguiar y a la señora Lapacó, a un lugar de detención denominado Club Atlético. El 19 de marzo de 1977 fueron liberados la señora Lapacó y su sobrino Alejandro Aguiar Arévalo. La señora Lapacó realizó diversas gestiones para encontrar a Alejandra, sin ningún resultado.

30 CIDH, Informe 70/99, Caso 12.059, *Carmen Aguiar de Lapacó*, 4 de mayo de 1999.

31 CIDH, Informe 21/00, Caso 12.059, *Carmen Aguiar de Lapacó*, 29 de febrero de 2000.

32 *Infra*, p. 242.

(CELS) sobre la desaparición del matrimonio Poblete, la Corte Suprema de Justicia argentina resolvió que las leyes de obediencia debida y punto final son "inaplicables a estos delitos porque no los contemplaron o, de ser aplicables, son inconstitucionales, porque si los contemplaron, violaron el derecho internacional consuetudinario vigente al tiempo de su promulgación (…) aquellas leyes [obediencia debida y punto final] son inaplicables a los delitos de lesa humanidad o son inconstitucionales si fuesen aplicables a los delitos de esa laya. En ambas hipótesis resultan inaplicables".

Para llegar a esa decisión, que ha tenido y tendrá consecuencias en Argentina[33] y en la región, la Corte Suprema basa gran parte de su sentencia en los dictámenes de la Comisión y Corte Interamericanas. Un simple dato numérico revela la influencia de los órganos del Sistema Interamericano en la decisión de la Corte: de las 125 hojas del cuerpo principal de la decisión, 63 hacen referencia a decisiones de la Comisión o de la Corte.

La sentencia comienza con la mención del Informe 28/92 de la Comisión y de que a partir de ese momento había quedado establecido que las leyes de amnistía eran violatorias de la Convención Americana, por lo que el Estado argentino debería haber adoptado "las medidas necesarias para esclarecer los hechos e individualizar a los responsables". Sin embargo, continúa la Corte Suprema, la recomendación de la Comisión no dejaba claro si para lograr el "esclarecimiento" de los hechos eran suficientes los juicios de la verdad o si era necesario, además, privar a las leyes de todos sus efectos. Ese vacío, a criterio de la Corte Suprema argentina, lo llena la Corte Interamericana con el caso Barrios Altos, cuando expresamente sostiene que "son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos". A raíz de esta decisión de la Corte Suprema de Justicia, se han comenzado a abrir varios casos en contra de personas acusadas de graves violaciones de los derechos humanos durante la dictadura[34].

33 Luego de esta decisión se han abierto varios casos por crímenes de lesa humanidad contra personas que habían sido beneficiadas por las leyes de amnistía.

34 A la fecha de la preparación de este artículo, 261 personas se encuentran detenidas por delitos de lesa humanidad.

2.4. Perú

Perú y Argentina son los casos en los que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos —tanto la Comisión como la Corte— tuvo un papel fundamental al dejar sin efecto las leyes que amparaban a los violadores de derechos humanos. En particular, lo de Perú es relevante porque por primera vez un caso sobre la compatibilidad de las leyes de amnistía con la Convención Americana llega a la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Tanto los casos de Argentina como los de Perú tienen en común a la CIDH como actor destacado en los momentos críticos de ambos países. La visita de la CIDH a Argentina en 1979 y a Perú en 1998 fueron hitos que modificaron el rumbo de ambos procesos. Por un lado, permitieron que la comunidad internacional escuchara de parte del órgano principal de la OEA en materia de derechos humanos, cuál era la realidad que se vivía en ambos países y que el régimen en el poder pretendía ocultar. Por otro lado, fortalecieron a los organismos de derechos humanos locales, constantemente desacreditados por ambos regímenes, al ofrecerles un espacio importante para presentar sus denuncias y luego legitimarlas ante la comunidad internacional. Asimismo, a las víctimas de violaciones de los derechos humanos y sus familiares les dio esperanza saber que todos sus esfuerzos para que se sepa la verdad y haya justicia no han sido en vano y que en la Comisión podían encontrar un último recurso que les era negado en sus propios países.

A principios de los años noventa, la Comisión comenzó a recibir denuncias sobre ejecuciones extrajudiciales y desapariciones forzadas. De todas las presentadas, los casos de *La Cantuta* y *Barrios Altos* son los más emblemáticos para el Sistema Interamericano, no solo por la gravedad de los hechos, sino también por sus efectos tanto en el proceso político interno peruano como en el fortalecimiento del Estado de derecho en la región. El contexto en que se aprobaron las leyes de amnistía 26.479 y 26.492 fue el de evitar que se juzgara a los responsables de las graves violaciones ocurridas en La Cantuta y Barrios Altos.

La Comisión recibió la denuncia sobre el caso *La Cantuta* en julio de 1992. En la petición se denuncia la tortura y ejecución extrajudicial de un profesor y nueve estudiantes de la Universidad Enrique Guzmán y Valle, ubicada en La Cantuta, Lima. Luego de varios procesos paralelos en la jurisdicción penal y militar peruana, cargados de numerosas irregularidades para que sea la jurisdicción militar la que continúe con

el proceso, el 3 de mayo de 1994 el Consejo Supremo de Justicia Militar (CSJM) dictó una sentencia en la que condenó a ocho integrantes del Ejército peruano.

El 14 de junio de 1995, de manera sorpresiva, la mayoría oficialista del Congreso aprobó la Ley 26.479, con la cual se amnistió al personal militar, policial y civil involucrado en violaciones de derechos humanos cometidas desde 1980 hasta la fecha de promulgación de la ley. Dos semanas después, el 28 de junio, se aprobó una ley de "interpretación" de la ley de amnistía. La Ley 26.492 amplió las causales de la ley de amnistía y prohibió la revisión judicial. Finalmente, el 15 de julio de 1995 el CSJM concedió la libertad a todos los condenados por la matanza de La Cantuta.

A partir de ese momento, el Gobierno peruano, en su defensa ante la CIDH, argumentó, entre otras cosas, que las leyes de amnistía se ajustan a la Constitución peruana, que la Comisión no está facultada para solicitar la derogación de dichas leyes y que ambas normas fueron aprobadas por el Congreso de la República en el ejercicio de las funciones que la Constitución política le confiere, y que forman parte de la política de pacificación iniciada por el Estado peruano.

El caso *Barrios Altos* es un caso ejemplar para visualizar el funcionamiento del Sistema Interamericano en su totalidad. Analizando el desarrollo del caso, vemos cómo la sociedad civil, los Estados, la Comisión y la Corte pueden entrar en un diálogo que, finalmente, culmina en beneficio no solo de las víctimas o familiares que presentaron el caso, sino también del fortalecimiento del Estado de derecho en toda la región.

Días después de haber sido aprobada por el Congreso peruano la ley de amnistía, la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos del Perú presentó ante la Comisión Interamericana el caso *Barrios Altos*[35]. La denuncia se refería a la ejecución de 15 personas por parte de un escuadrón de eliminación denominado Grupo Colina, integrado por miembros del Ejército peruano vinculado con inteligencia militar.

Debido a la debilidad del Estado de derecho en Perú durante el Gobierno de Fujimori, la Comisión envió varios casos a la Corte Interamericana en relación directa con problemas estructurales de la democracia peruana, relacionados con ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas, tribunales militares, libertad de expresión, debido proceso, justicia, etc. El caso *Barrios Altos*, que buscaba que las

35 Exactamente el 30 de junio de 1995.

leyes de amnistía se declararan incompatibles con la Convención, ratifica y profundiza la jurisprudencia anterior de la Comisión. Finalmente, la Corte resolvió:

> son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos, tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el derecho internacional de los derechos humanos[36].

Por consiguiente, la Corte resolvió “declarar que las leyes de amnistía 26.479 y 26.492 eran incompatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y carecen de efectos jurídicos”. Asimismo, decidió que el Estado debía investigar y sancionar a los responsables de las violaciones.

Si bien la Corte se refiere en algunas partes de la sentencia a las leyes de amnistía y en otras a las leyes de autoamnistía, queda claro que la incompatibilidad con la Convención Americana existe en cualquiera de los dos casos, siempre y cuando se den los requisitos que impidan la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos. Los votos concurrentes del juez Sergio García Ramírez en la sentencia de reparaciones en *Castillo Páez* y *Barrios Altos* y el del juez Antônio Cançado Trindade en *Barrios Altos* van en esa dirección[37].

El Gobierno de Fujimori no tenía ninguna voluntad política de cumplir con las recomendaciones de la Comisión o las decisiones de la Corte. Sus respuestas en los casos individuales, sus presentaciones en las audiencias ante la Comisión y sus discursos ante los órganos políticos de la OEA buscaban en todo momento limitar la capacidad del Sistema Interamericano para cumplir los mandatos de proteger los derechos humanos de los habitantes del hemisferio. Esa política alcanzó su máxima

36 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Barrios Altos vs. Perú*, sentencia del 14 de marzo de 2001, Serie C, n.° 75, párr. 41.

37 Así también lo interpretó la Suprema Corte de Justicia Argentina en el fallo sobre la desaparición del matrimonio Poblete. Véase *supra*, p. 239.

expresión con la resolución legislativa del Congreso de la República, el 8 de julio de 1999, de retirar el reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Frente a esta decisión del Gobierno de Fujimori, la Corte Interamericana resolvió dos meses después que “el pretendido retiro, con efectos inmediatos, por el Estado peruano, de la declaración de reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es inadmisible”[38].

Con la caída del Gobierno de Fujimori se inició inmediatamente un diálogo fructífero con el Sistema Interamericano de Derechos Humanos que, sin perjuicio de que no se cumpliera con todas las recomendaciones y decisiones de los órganos del sistema, se mantuvo. Tanto el Gobierno de Valentín Paniagua como el de Alejandro Toledo sostuvieron en todo momento un diálogo con la Comisión y la sociedad civil orientado a cumplir las recomendaciones.

En cuanto a las leyes de amnistía y la decisión de la Corte sobre el caso *Barrios Altos*, el Gobierno peruano optó por cumplir mediante la sanción de una resolución del fiscal de la nación en la cual se dispone que todos los fiscales que hayan intervenido en los procesos en que se aplicaron las leyes de amnistía soliciten a los respectivos juzgados la ejecución de la sentencia de la Corte Interamericana. Finalmente, la Corte Interamericana resolvió, el 22 de septiembre de 2005, que “estimaba que la obligación de dar efecto general a la declaración de ineficacia de las leyes 26.479 y 26.492 ha sido cumplida por el Estado”[39].

3. Conclusión

Las décadas de 1970 y 1980, y en algunos países aun la de 1990, nos han dejado un legado del que es muy difícil salir. Las decenas de miles de muertos por la represión estatal son irrecuperables e insustituibles. Esta historia reciente debemos resolverla si queremos una América

38 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Ivcher Bronstein vs. Perú*, competencia. Sentencia del 24 de septiembre de 1999, Serie C, n.° 54; Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso del *Tribunal Constitucional vs. Perú*, competencia. Sentencia del 24 de septiembre de 1999, Serie C, n.° 55.

39 Es discutible que la resolución de la Fiscalía pueda representar, como dijo la Corte, el cumplimiento de la recomendación de declaración de ineficacia de las leyes de amnistía. Si bien las leyes de amnistía podrían carecer de eficacia temporalmente, no han sido derogadas y siguen vigentes, en contravención con el artículo 2 de la Convención Americana.

Latina con un futuro en paz y en democracia. Cuando se inició el retorno a la democracia en la década de 1980, surgieron numerosas voces que ofrecían alternativas para resolver ese trágico pasado. Por motivos ajenos a este trabajo, las voces que prevalecieron fueron las que sostenían que la búsqueda de justicia por las graves violaciones de los derechos humanos ponían en riesgo las transiciones a la democracia. Por consiguiente, el debate político se centró en la necesidad de elegir entre democracia y justicia, asumiendo que era imposible hacer justicia sin que se desmoronaran las nacientes democracias.

Pero las voces de las víctimas y sus familiares no iban a ser silenciadas fácilmente. En la búsqueda incansable de justicia, golpearon todas las puertas, recorrieron todos los caminos y, cuando no los había, los construyeron.

La Comisión fue uno de ellos. Desde los años setenta hasta el presente, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, junto con los habitantes del continente, ha sido un actor clave al cumplir su función principal de proteger los derechos humanos. Por momentos, esa función se ejerció mediante la denuncia de las violaciones y enfrentándose a las dictaduras que, *per se*, violaban los derechos humanos. Una vez en democracia, la Comisión dialogó con los Estados y la sociedad para encontrar soluciones al legado dejado por las dictaduras.

Las leyes de amnistía representaron y representan uno de los principales desafíos para la democracia en América Latina. En los países analizados en este trabajo, dichas leyes ejemplifican la negación de justicia o, si se prefiere, la garantía de impunidad. La Comisión, desde sus primeros casos, ha resaltado el valor de la justicia como componente esencial del Estado de derecho. En cientos de casos de la Comisión, y desde la primera sentencia de la Corte, los órganos del Sistema Interamericano de protección de Derechos Humanos han encontrado en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana un pilar principal del Estado de derecho. Las graves violaciones de los derechos humanos no podían ser ajenas a ese análisis.

En todos los casos revisados, la respuesta de los Estados ante la Comisión fue principalmente política: el Gobierno de Argentina dijo que se trataba de “soluciones fundadas en la urgente necesidad de reconciliación nacional y de la consolidación del régimen democrático”; el de Perú señaló que “ambas normas fueron aprobadas por el Congreso de la República en el ejercicio de las funciones que la Constitución política

le confiere, y forman parte de la política de pacificación iniciada por el Estado peruano". El Salvador afirmó que "las medidas que se tomaron posteriormente estuvieron encaminadas a asegurar la existencia de un Estado democrático y en paz como única forma para preservar los derechos humanos. La Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz perseguía esos fines"; y, por último, Uruguay sostuvo: "La justicia es un valor, pero también lo es la paz. No es posible sacrificar la paz para hacer justicia".

El debate sobre las opciones entre justicia o paz, y justicia o reconciliación, es un debate que no se ha agotado y tiene gran actualidad en la región. La Comisión Interamericana hizo una importante contribución al insistir en la necesidad de que se haga justicia por las graves violaciones de los derechos humanos. A partir de ese momento, la justicia no es ya una variable que puede ser sacrificada por el supuesto beneficio de lograr la paz o la estabilidad democrática. Esto no implica, sin embargo, que las amnistías no puedan ser utilizadas como herramienta jurídica y política para lograr acuerdos que favorezcan la consolidación democrática y la búsqueda de la paz. Las amnistías continuarán siendo un valioso instrumento de negociación política, pero los líderes, al momento de negociarlas, deberán tener en cuenta los estándares desarrollados por el derecho internacional de los derechos humanos en las últimas décadas. En la construcción de esos estándares la labor que ha desarrollado la Comisión Interamericana contribuyó significativamente para garantizar que cuestiones esenciales, como el derecho a la verdad y un recurso ante la justicia, no puedan ser ignoradas.

Sin embargo, aún queda mucho por hacer. Si bien la CIDH contribuyó mucho a dejar sin efecto jurídico las leyes de amnistía en Argentina y Perú, también es cierto que en el caso de Argentina ese logro se alcanzó trece años después de aprobado el Informe de la Comisión. En el caso de Perú, de no haber sido por la caída del régimen de Fujimori-Montesinos, es difícil suponer que se hubiese logrado algún cambio; mientras que en los casos de Uruguay y El Salvador, aún se está lejos de que se cumpla con las decisiones de la CIDH.

Hoy en día, para cumplir con las decisiones de la Comisión y de la Corte es necesario contar con la voluntad política de los Gobiernos de llevar a cabo sus obligaciones internacionales. Es de esperar que llegue el momento en que los Estados las cumplan sin que eso dependa de la voluntad política. Para eso es necesario que el derecho internacional y

el derecho interno, como partes integrantes de un derecho único, tengan un diálogo más fluido que permita que mediante disposiciones de orden interno se implementen las decisiones de los organismos internacionales sin perjuicio de la voluntad de los Gobiernos de turno. Mientras se siga dependiendo de la voluntad política, inevitablemente los avances serán tan efímeros como los Gobiernos que los impulsan.

Asimismo, los casos analizados demuestran que la voluntad política debe estar ayudada por el impulso de la sociedad civil. En algunos casos, las organizaciones de derechos humanos fueron factor determinante en la búsqueda de justicia por las violaciones de los derechos humanos. Los casos de Perú y Argentina muestran cómo el diálogo entre Estado, sociedad civil y CIDH permitió dejar sin efecto las leyes de amnistía. Por otro lado, en los casos de Uruguay y El Salvador se observa la ausencia de voluntad política por parte de los Estados para cumplir con sus obligaciones internacionales, pero también una menor participación de la sociedad civil, o una combinación de ambos.

En definitiva, desde las primeras recepciones de denuncias de violaciones de los derechos humanos en los inicios de la década de 1970, hasta la reciente decisión de la Corte Suprema argentina sobre la nulidad de las leyes de amnistía, la CIDH ha impulsado un proceso de fortalecimiento del Estado de derecho en la región, al insistir en la obligación de los Estados de hacer justicia por las violaciones de los derechos humanos del pasado.

LAS SENDAS DE LA JUDICIALIZACIÓN: UNA MIRADA AL CASO CHILENO

Pamela Pereira

El golpe militar del 11 de septiembre de 1973 tuvo un carácter refundacional de la sociedad chilena e instaló en el país un modelo de sociedad de carácter neoliberal que modificó toda la realidad institucional y las estructuras económicas vigentes, las cuales quedaron sujetas a las reglas del mercado. El Estado fue minimizado en los ámbitos económico, social y educacional, entre otros, mediante decisiones amparadas en la voluntad política unilateral de la fuerza militar gobernante de facto. Esta, además de derrocar al Gobierno del presidente Salvador Allende, en el ámbito institucional también disolvió el Parlamento y proscribió partidos políticos, sindicatos y demás organizaciones sociales.

Para eliminar todo vestigio del Gobierno derrocado e imponer su lógica dirigida a concretar cambios tan estructurales, el Gobierno militar implementó de inmediato una política de control de la sociedad expresada en múltiples medidas que coaccionaron duramente al conjunto de la sociedad. Estas medidas represivas afectaron masivamente a la población: el prolongado toque de queda que duró años, allanamientos a amplios sectores de la población, despidos masivos de trabajadores sin expresión de causa, control absoluto de la prensa, privación de libertad de miles de personas, las que eran conducidas a lugares como estadios y otros que se habilitaron para tal efecto donde habitualmente se interrogaba a los detenidos mediante tortura. Se instalaron además centros clandestinos de detención y tortura. Esta realidad dio lugar a que otros muchos miles de personas se asilaran o salieran del país buscando refugio. Desde el primer momento desde que ocurrió el golpe se supo de ejecuciones; poco a poco, las familias de otros tantos detenidos se encontraron con una realidad de no reconocimiento de la detención y la persona buscada pasaba a tener la singular calidad de “desaparecida”.

1. Legislación aplicada por el régimen dictatorial: estado de sitio y tribunales militares

El mismo 11 de septiembre de 1973 se declaró en estado de sitio todo el territorio nacional por la causal de “conmoción interior” de acuerdo con el artículo 72 n.° 17 de la Constitución Política del Estado de 1925. Y dada la disolución del Parlamento, los jefes máximos de las tres ramas de las fuerzas armadas y policía de Carabineros constituyeron la Junta Militar que asumió el poder Constituyente, Ejecutivo y Legislativo para luego precisar que el presidente de la Junta Militar, Augusto Pinochet, asumía el cargo de presidente de la República.

A través de la Junta Militar, el régimen de facto gobernó mediante decretos leyes. El Decreto Ley n.° 5 dictado el día 12 de septiembre de 1973 estableció en su artículo 1: “declárese, interpretando el artículo 418 del Código de Justicia Militar que el estado de sitio decretado por conmoción interna, en las circunstancias que vive el país, debe entenderse —estado o tiempo de guerra— para los efectos de la aplicación de la penalidad de ese tiempo que establece el Código de Justicia Militar y demás leyes penales y, en general, para todos los demás efectos de dicha legislación”.

A su vez, el artículo 418 del Código de Justicia Militar estableció que “se entiende que hay estado de guerra o que es tiempo de guerra, no solo cuando ha sido declarada oficialmente la guerra o el estado de sitio, en conformidad a las leyes respectivas, sino también cuando de hecho existiere la guerra o se hubiere decretado la movilización para la misma, aunque no se haya hecho la declaración oficial”.

El Decreto Ley n.° 5 mencionado, en su artículo 2 modificó el artículo 281 del Código de Justicia Militar, y agregó un inciso: “cuando la seguridad de los atacados lo exigiere, podrán ser muertos en el acto el o los hechores”.

Así apenas se hizo del poder la Junta Militar, como resultado del derrocamiento del Gobierno constitucional del presidente Salvador Allende, asume el mando con una lógica de guerra interna, aun cuando en la realidad no existieran fuerzas rebeldes organizadas militarmente a las cuales enfrentar.

En definitiva, por orden de la Junta Militar se declaró al país en estado de sitio en grado de conmoción interna equivalente a estado o tiempo de guerra hasta el 10 de septiembre de 1975, y luego decretó estado de sitio en grado de seguridad interior porque aún habrían existido

"fuerzas rebeldes sediciosas que no se encontraban organizadas", y así se prolongó la aplicación de la legislación en tiempo de guerra hasta el 10 de septiembre de 1977. Esto hizo aplicables la jurisdicción, los procedimientos y la penalidad de tiempo de guerra en múltiples casos hasta esa fecha.

En razón de esta realidad jurídica, muchas personas fueron juzgadas por tribunales militares, los que las condenaron a penas de muerte o privativas de libertad por muchos años. Pero mayor aún fue la cantidad de personas detenidas, interrogadas con métodos de torturas y privadas de libertad por decisión administrativa, por períodos indeterminados y, después, en la mayoría de los casos expulsadas del país también por decisión administrativa.

La situación extrema fue la de los detenidos desaparecidos, que después de detenidos nunca fueron puestos a disposición de ningún tribunal. Ni siquiera se reconocieron sus detenciones por las autoridades militares propiamente tales o políticas. Las investigaciones posteriores han demostrado los distintos lugares clandestinos de detención, desde donde operaron los agentes del Estado para implementar esta política represiva, los métodos de interrogatorios y el destino final de muchos, cuyos restos fueron posteriormente removidos para lanzarlos al mar.

2. Decreto Ley n.° 2191 de amnistía

Durante el curso del año 1978, el régimen militar dictó el Decreto Ley n.° 2191 de Amnistía, y en su artículo 1 concedió "amnistía a todas las personas que, en calidad de autores, cómplices o encubridores hayan incurrido en hechos delictuosos, durante la vigencia de la situación de estado de sitio, comprendida entre el 11 de septiembre de 1973, y el 10 de marzo de 1978, siempre que no se encuentren actualmente sometidas a procesos o condenas". Esta referencia a quienes "no se encuentren actualmente sometidas a procesos o condenas" estaba dirigida a impedir que se beneficiaran presos políticos privados de libertad por tribunales militares que se encontraban en ese momento en calidad de procesados o condenados.

Esta amnistía excluyó ciertos procesos relativos a delitos comunes, pero fue aplicable a homicidios, secuestros, detenciones ilegales y otros delitos, conductas que habían sido ejecutadas y continuaban realizándose por agentes del Estado en el contexto de una política institucional, masiva y sistemática de violación de los derechos humanos.

Claramente, esta amnistía buscó proteger a los represores ante futuras investigaciones penales. El hallazgo de los restos de un grupo de víctimas en los "hornos de Lonquén" en una mina de carbón ya abandonada, en un sector aledaño a Santiago, y que dio lugar a una investigación penal en la que se designó a un ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago para investigar estos hechos que sobrepasaron los límites de la censura, provocó una gran preocupación en los aparatos represivos y gubernamentales. De ahí la necesidad de garantizar la impunidad desde lo normativo, pero también desde los hechos.

Según se ha podido establecer con posterioridad en el ámbito judicial, de esa época proviene la decisión de Augusto Pinochet de ordenar la operación "retiro de televisores" que consistió en que funcionarios militares del comando de aviación del Ejército, entre otros, se constituyeron en los lugares donde las víctimas "desaparecidas" habían sido asesinadas y enterradas, fuere en el desierto del norte, en zonas precordilleranas o en zonas de campos o bosques en el sur, las desenterraron y las trasladaron en helicópteros para lanzarlas al mar.

3. Convenios de Ginebra

Ya que los cuatro Convenios de Ginebra fueron suscritos, ratificados, promulgados y publicados en el diario oficial en abril de 1951, se encontraban plenamente vigentes en la época del golpe militar en Chile.

En el artículo 3 común de estos Convenios, se establece respecto de "conflictos armados sin carácter internacional" que debe tratarse con humanidad a todas las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluso respecto de quienes hayan depuesto las armas, o que hayan quedado fuera de combate por enfermedad, herida, detención o cualquier otra causa. Y se establece respecto de estas personas que quedan prohibidos los atentados a la vida, a la integridad física, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, las torturas y suplicios.

El artículo 148 del Convenio IV, que protege a personas civiles en tiempo de guerra incluso en los territorios ocupados, y el artículo 131 del Convenio III, que se aplica a los prisioneros de guerra, establecen que "ninguna parte Contratante podrá exonerarse a sí misma, ni exonerar a otra parte Contratante de las responsabilidades en que haya incurrido ella misma u otra parte Contratante, respecto a las infracciones graves". Son infracciones graves el homicidio intencional, la tortura, las deportaciones,

la detención ilegítima, etcétera. Estos Convenios no permiten amparar la impunidad.

De ahí que teniendo presente, además, el principio de supremacía del derecho internacional y particularmente de los Tratados, necesariamente hay que entender que las disposiciones de los Convenios de Ginebra prevalecen sobre las normas del Decreto Ley de Amnistía y normas del Código Penal referidas a la prescripción de la acción penal.

4. Jurisprudencia de la Corte Suprema sobre casos de violaciones de los derechos humanos

Durante el período de vigencia de la dictadura militar 1973-1990, la Corte Suprema, salvo muy contadas excepciones, expresó una verdadera adscripción ideológica al régimen militar y esto se expresó, en lo estrictamente judicial, en un rechazo sistemático de los recursos de amparo y en la aplicación generalizada del Decreto Ley de Amnistía a los casos por violación de los derechos humanos.

Con la llegada de la democracia en 1990, el presidente Patricio Aylwin creó la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación según el Decreto Supremo n.° 355 con la finalidad de "(...) lograr una apreciación global de lo ocurrido en un plazo más o menos breve (...) la demora en la formación de un serio concepto colectivo al respecto es un factor de perturbación de la convivencia nacional y conspira contra el anhelo de reencuentro pacífico entre los chilenos".

Este informe, que fue entregado con la mayor solemnidad a la sociedad chilena en febrero de 1991, es un hito muy importante en el esclarecimiento de la verdad. Cabe hacer este reconocimiento a pesar de que no se consignaran los datos conocidos por entonces de quienes habían sido los actores represivos.

En este período, la mayoría de los casos se encontraban virtualmente paralizados o sobreseídos temporal o definitivamente, y otros incluso en la justicia militar. El Decreto Ley de Amnistía gozaba de plena validez, razón por la cual en marzo de 1991 el presidente Aylwin envió una carta al presidente de la Corte Suprema en la que decía: "(...) no dejaría tranquila mi conciencia si no hiciera presente al Excelentísimo Tribunal, que en mi concepto, la amnistía vigente, que el Gobierno respeta, no puede ni debe ser obstáculo para que se realice la investigación judicial y se determinen las responsabilidades que correspondan especialmente en los casos de personas desaparecidas".

En esta carta, que provocó una fuerte controversia en el Poder Judicial y que fue motivo de discusión en la sociedad chilena, el presidente Aylwin dejó en claro que el Decreto Ley de Amnistía al menos no impedía investigar y tampoco impedía establecer las responsabilidades penales individuales.

Sin perjuicio de lo anterior, y solo cuando se modificó la integración de la sala penal de la Corte Suprema hacia 1998, se empezó a modificar la jurisprudencia respecto de casos de detenidos desaparecidos subsumidos en la figura penal de secuestro.

Así en la sentencia rol n.° 469-98 de la Corte Suprema, caso *Pedro Poblete Córdova*, respecto del sobreseimiento definitivo se señala, en el considerando 6, “que si bien el sobreseimiento puede ser dispuesto en cualquier estado del juicio, especial exigencia recae sobre el que tiene el carácter de definitivo en orden a que se encuentre agotada la investigación (…) en el caso de autos la investigación no se encuentra concluida, correspondiendo proseguir las pesquisas para indagar la forma en que ocurrieron los hechos y determinar la identidad de quienes participaron criminalmente en ellos, por lo que al decidir en contrario los jueces de la instancia incurrieron en error de derecho (…)”[1]. A su vez se precisa en el considerando 8: “(…) que para aplicar la amnistía, debe estar igualmente determinada la persona del delincuente en forma clara e indubitada, única manera de extinguir a su respecto la pena que debiera corresponderle por su participación en los sucesos investigados (…)”. Por su parte en los considerandos 9 y 10 se alude a la vigencia en Chile de los Convenios de Ginebra señalando “que, en consecuencia, el Estado de Chile se impuso en los citados Convenios la obligación de garantizar la seguridad de las personas que pudieren tener participación en conflictos armados dentro de su territorio, especialmente si fueren detenidas, quedando vedado el disponer medidas que tendieren a amparar los agravios cometidos contra personas determinadas o lograr la impunidad de sus autores, teniendo especialmente presente que los acuerdos internacionales deben cumplirse de buena fe”. Y en el considerando 11 se tiene presente el carácter de delito permanente del secuestro al señalar que “en otra perspectiva, ha de considerarse que se dio comienzo a la perpetración de los hechos el 19 de julio de 1974, ignorándose hasta esta fecha el destino y paradero de Pedro Poblete Córdova, por lo que es posible que el o los

1 Esta sentencia y las otras sentencias citadas en este texto pueden consultarse en el portal electrónico del Poder Judicial de Chile: http://www.poderjudicial.cl.

ilícitos que hubieren de establecerse excedieran el ámbito temporal y sustantivo de aplicación del Decreto Ley n.° 2191” (de amnistía).

Al fallo aludido se suma otro denominado caso *Parral* rol n.° 248-98 de la Corte Suprema, en el que también se revoca una resolución de sobreseimiento estimando que no correspondía aplicar el Decreto Ley de Amnistía, ya fuera que se tratase de la figura de detención ilegal o de secuestro del Código Penal, porque en ambos casos se trataba de delitos de naturaleza permanente.

5. Detención de Augusto Pinochet, en Londres, en octubre de 1978

La detención de Augusto Pinochet se efectuó por orden judicial dictada por los jueces de la Audiencia Nacional de España, Baltasar Garzón y Manuel García Castellón y se materializó en Londres, en el contexto de querellas presentadas por las familias de las víctimas en contra de Augusto Pinochet tanto en Chile como en España. En este caso entró en juego el principio de extraterritorialidad de la ley penal en materia de delitos de lesa humanidad.

En ese período también se instala la Mesa de Diálogo. Esta fue un espacio de diálogo y no de negociación (lo cual es una importante distinción) que se conformó con la participación de cuatro abogados de derechos humanos y cuatro oficiales generales representantes de las tres ramas de las fuerzas armadas y Carabineros de Chile, además de un grupo de intelectuales miembros de la sociedad civil, para tratar el tema de las violaciones de los derechos humanos ocurridos en la dictadura.

Esta decisión por la cual por primera vez abogados reconocidos de derechos humanos y oficiales con grado de generales y con mandato institucional se sentaron a conversar sobre lo ocurrido y sobre el tratamiento que se debía dar al problema también provocó un gran impacto en el país. Esto generó tensión a familiares de víctimas que expresaron rechazo mientras que otros compartieron la decisión. Los debates al respecto se multiplicaron.

La suerte que corría Pinochet en Londres, por cierto, generaba en estos debates un escenario más complejo que también contribuyó a que los militares comprendieran, aunque no lo explicitaran, que el tratamiento de los casos de víctimas asesinadas, secuestradas y torturadas era insoslayable por la vía judicial. Es decir, que el derecho internacional

no era una cuestión meramente declarativa en los salones, sino que se expresaba como una realidad concreta.

Como actora directa en la participación para instalar esta instancia y de participación en la misma, considero que esto develó realidades más allá de las necesidades del tema puntual que nos convocó. Creo que el mundo civil también debería interesarse por los procesos formativos de los militares, por los métodos como se ejerce el mando, por cuál es el rol actual en sociedades globalizadas de estas entidades militares: ¿hay que soportarlas como una carga o son parte de los procesos de desarrollo del país?

Para que expresiones como “Nunca Más” tampoco sean una cuestión meramente declarativa, parece que es necesario que las entidades militares se asuman también como parte del Estado de derecho en una interrelación con la sociedad civil distinta de la realidad conocida, en la cual, como en el caso de Chile, “declararon la guerra” a su propio pueblo y no tuvieron dificultad alguna en bombardear el Palacio de Gobierno y la bandera nacional.

Como resultado de la Mesa de Diálogo, los militares informaron respecto del destino de alrededor de doscientas víctimas, con errores en los datos de algunos casos, y en ese contexto dan cuenta de que muchos de los cuerpos de estas víctimas habían sido lanzadas al mar, información que algunos pocos exintegrantes de los aparatos represivos empezaban a entregar a jueces.

Y como un acuerdo que también surge en dicha instancia, los militares aceptan el criterio expresado por los abogados de derechos humanos en el sentido de que los tribunales de justicia son la única instancia que permite resolver el tema de las violaciones de los derechos humanos desde el punto de vista de verdad y determinación de responsabilidades penales. Y que para tal efecto debían nombrarse “jueces con dedicación exclusiva”. (Según el sistema penal vigente, de naturaleza inquisitiva, en aquella época el juez tenía un rol de investigador y a la vez de juzgador).

Lo anterior se concretó por el año 2001 a través de una petición del ministro de Justicia de la época a la Corte Suprema para que se designaran ministros de Corte de Apelaciones como jueces de primera instancia con “dedicación exclusiva” para investigar los casos de derechos humanos. Con estas designaciones mejoraron cualitativamente las investigaciones, las que fueron avanzando reabriéndose procesos, ampliándose estas nominaciones. Incluso, en el 2005 se reordena este trabajo y se faculta a las Cortes de Apelaciones de regiones para designar ministros investigadores.

Mucha agua ha corrido bajo el puente de la justicia. En el verano de 2011, la Corte Suprema de oficio abrió investigación penal respecto de unos setecientos casos que no contaban con investigación judicial. Entre estos se ordenó instruir investigación para establecer la causa de la muerte del presidente Salvador Allende.

Sin perjuicio de esta realidad, ya no discutida, del rol de los tribunales de justicia en cuanto entidad que debe investigar los hechos y establecer las responsabilidades penales de los hechores, lo cierto es que la jurisprudencia del máximo tribunal, esto es la Corte Suprema, muestra una conducta zigzagueante y benevolente a la hora de aplicar las sanciones penales.

Con todo, es en este nuevo contexto político que, con fecha 17 de noviembre de 2004, se dicta sentencia en el caso del detenido desparecido Miguel Ángel Sandoval Rodríguez y se condena a agentes del Estado por su participación en el delito de secuestro. Cabe tener presente lo dicho por esta sentencia en el considerando 31 "(…) teniendo presente que en estos autos se estableció el hecho del secuestro y que éste se prolongó por más de noventa días y aún no se tienen noticias ciertas del paradero de Miguel Ángel Sandoval Rodríguez, ello es suficiente antecedente para calificar el secuestro investigado en este proceso, que es un delito permanente, toda vez que la acción que lo consuma creó un estado delictuoso que se prolongó en el tiempo subsistiendo la lesión del bien jurídico afectado, en él han persistido la acción y el resultado".

Continúa en el considerando 33, precisando un aspecto de hecho siempre muy debatido y con gran importancia jurídica: "Que se ha argumentado reiteradamente que el delito cometido en contra de Sandoval Rodríguez no puede ser el de secuestro, pues nadie cree que él esté todavía con vida, privado de libertad, sino que, por el contrario, todos piensan que está muerto. Ahora bien, aunque esta última suposición pudiere ser verdad, ello nada dice en contra de la posibilidad de configurar el delito de secuestro, pues lo que no se ha probado en autos es que Sandoval Rodríguez haya sido muerto inmediatamente después de su detención y encierro sin derecho, y lo que es aún más importante, que su deceso, en el supuesto de haberse producido, haya sido anterior a la fecha en que se dictó el DL 2191, único caso en que los procesados podrían invocar esta última".

Luego la sentencia alude a la vigencia en Chile de los Convenios de Ginebra. Y en el considerando 35 concluye en este aspecto: "Y en cuanto

el Pacto persigue garantizar los derechos esenciales que nacen de la naturaleza humana, tiene aplicación preeminente, puesto que esta Corte Suprema en reiteradas sentencias ha reconocido que la soberanía interna del Estado de Chile reconoce su límite en los derechos que emanan de la naturaleza humana, valores que son superiores a toda norma que puedan disponer las autoridades del Estado, incluido el propio Poder Constituyente, lo que impide sean desconocidos".

Luego el fallo se refiere a los delitos de naturaleza permanente haciendo alusión a la doctrina, y delimita el concepto diciendo que "los delitos permanentes son, en cambio, aquellos en que el momento consumativo perdura en el tiempo. En ellos se produce también un instante en que la conducta típica está completa, pero entonces se origina un estado o situación susceptibles de ser prolongados en el tiempo, que constituyen subsistencia de esa conducta", como en el caso del secuestro. Agrega el fallo que no cabe aplicar la prescripción de la acción penal "desde el momento que no aparece comprobado en autos que el injusto haya cesado de cometerse, sea por haberse dejado en libertad a la víctima, sea por existir señales positivas y ciertas del sitio donde se encuentran sus restos y de la data de su muerte, en caso de haber ocurrida ésta (…)".

A su vez en la sentencia rol n°. 559-2006 que trata el caso de dos jóvenes militantes ejecutados el 23 de septiembre de 1973 por carabineros, la Corte Suprema entra a analizar si el país a esa fecha vivía o no "una situación asimilable al evento de conflicto armado, sin carácter internacional, que hace aplicable, en lo pertinente, las prescripciones del Derecho Internacional Humanitario" y luego de analizar las normas de los Convenios de Ginebra en cuanto parte del derecho internacional humanitario y haciendo referencia a que esta Corte ya ha reconocido su aplicabilidad, hace presente: "(…) el Derecho Internacional Convencional, advirtiendo que la aplicación a los crímenes de guerra y a los crímenes de lesa humanidad de las normas de derecho interno de los Estados, relativas a la prescripción de los delitos ordinarios, suscita grave preocupación en la opinión pública mundial, pues puede impedir el enjuiciamiento y castigo de los responsables de esos crímenes, estimó necesario legislar en ese nivel, asentando el principio de imprescriptibilidad de esa categoría de crímenes nefastos a través de la denominada Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad (…)". Chile no ha suscrito tal Convención, pero al respecto la Corte señala que "nada obstaría al reconocimiento de una norma de derecho consuetudinario y de sello similar que sí pueda vincular al

Estado, en la medida que concurran los elementos que permiten acreditar la existencia de una costumbre jurídica internacional (…)".

Dice la Corte que la Convención de imprescriptibilidad "no se limitó a enunciar esta regla sino a afirmarla mediante su positivación, ya que ella operaba a la fecha como derecho consuetudinario internacional (…)".

"Que, conforme a una fórmula reconocida por la Comisión Internacional de Justicia de Naciones Unidas el Derecho Convencional puede tener efecto declarativo, cristalizador o generador de normas consuetudinarias. El primero de estos efectos se genera cuando el tratado se comporta como la expresión formal de normas consuetudinarias preexistentes sobre la materia, limitándose por tanto su rol a la constatación de la existencia de la norma y la fijación de su contenido. Las disposiciones convencionales que cumplen con la fórmula descrita, obligan internacionalmente, con independencia de la entrada o no en vigor del texto que las contienen y aun respecto de Estados que no formen parte del tratado. Es en virtud de esta eficacia declarativa que la mentada Convención sobre imprescriptibilidad de crímenes de guerra y de lesa humanidad, la que da cuenta de esa característica que justificó por lo demás la condenación de abominables crímenes cometidos por los jerarcas nazis incluso antes de quedar definido, en 1945, el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, representa una costumbre internacional vinculante, aplicada ya desde casi 30 años antes de los sucesos pesquisados en este juicio, lo que confiere a dicha fuente del derecho internacional la duración que le proporciona sustento como elemento material suficiente de la misma".

Agrega en el considerando siguiente "que en lo concerniente al elemento sicológico o espiritual de la costumbre internacional —*opinio iuris*— en necesaria confluencia con su componente material, ya descrito, es preciso que la práctica duradera en que ella consiste, se haya realizado con el convencimiento de conformarse a una obligación jurídica, como lo ha sostenido la doctrina y la jurisprudencia, emanada de la Corte Internacional de La Haya, que coinciden en señalar, como medios de prueba idóneos al efecto, las decisiones de tribunales nacionales, la práctica y las resoluciones de organizaciones internacionales y, por cierto, el saber especializado condensado en la doctrina". Luego este fallo hace alusión a similar contenido que se expresa en una serie de sentencias de la Corte Interamericana y señala que la "Corte Permanente de Justicia Internacional ha dictaminado que es un principio de Derecho

de Gentes generalmente reconocido que, en las relaciones entre potencias contratantes, las disposiciones del derecho interno no pueden prevalecer sobre las de un tratado".

Por último, la sentencia refiere jurisprudencia nacional sobre la materia recordando que en reiteradas sentencias han precisado que "de la historia fidedigna del establecimiento de la norma constitucional contenida en el artículo 5 de la Carta Fundamental queda claramente establecido que la soberanía interna del Estado de Chile reconoce su límite en los derechos que emanan de la naturaleza humana, valores que son superiores a toda norma que puedan disponer las autoridades del Estado, incluido el propio Poder Constituyente, lo que impide que sean desconocidos".

Califica como un crimen de lesa humanidad el homicidio de estos dos jóvenes ocurrido a fines de 1973, y precisa que esto "no se opone al principio de legalidad penal, porque las conductas imputadas ya eran delitos en el derecho nacional —homicidio— y en el derecho internacional, como crimen contra la humanidad (...)".

Concluye señalando la sentencia que la normativa nacional expresada en el Código Penal, si bien permite para el caso concreto la prescripción de la acción penal, esto "pugna con el principio de imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad, prevista en el artículo I de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, disposición que se limita a declarar la vigencia de una norma consuetudinaria preexistente sobre la materia, que es independiente de la entrada en vigor en el ámbito interno del tratado que la recoge y que vincula aun a los Estados que, como el nuestro, no forman parte del tratado, por tener su misma fuerza obligatoria". También pugna con los artículos 1, 3, 147, 148 de la Convención de Ginebra sobre Protección a las Personas Civiles en Tiempos de Guerra y la Convención Americana sobre Derechos Humanos artículo 2.

En otro fallo del 2007, rol n.° 3452-2006, dictado en un caso de secuestro en el que también se califican los hechos de crimen de lesa humanidad y, por tanto, imprescriptible, se sostiene que "la progresividad del derecho internacional ya no autoriza al Estado a tomar decisiones cuya consecuencia sea la renuncia a la persecución penal de delitos de lesa humanidad. Que no es justificable tal renuncia en pos de una convivencia pacífica apoyada en el olvido de los hechos, que por su entidad

y significación para la comunidad humana, no dejan de ser vivenciados como gravísimos por el transcurso del tiempo, ni por los afectados, ni por la sociedad toda".

Estos avances en materia jurídica sufrieron un retroceso a mediados del 2007 cuando la misma Corte Suprema decidió que a delitos declarados imprescriptibles se les puede declarar gradualmente prescritos según el artículo 103 del Código Penal de Chile, por cuanto, a su entender, son instituciones jurídicas diversas la prescripción y la prescripción gradual. La primera se funda en el supuesto olvido del delito. En cambio, la segunda sería una minorante de responsabilidad penal que incide en el *quantum* de la pena. Y "que se funda en lo insensato que resulta una pena tan alta para hechos ocurridos largo tiempo atrás, pero que deben ser reprimidos (...)".

Para poder justificar lo señalado, la Corte en la sentencia rol n.° 5789 de septiembre de 2009 sostuvo que "por aplicación de diversos Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos se ha destacado que el secuestro debe ser tenido como uno de los que se considera "delito de lesa humanidad" por tanto imprescriptible. Sin embargo, aquellos Tratados aceptan las causales que permiten sancionar en forma más benigna y equilibrada, esto es, que muevan a las víctimas a aceptar que se les ha hecho justicia real, y al imputado, que recibe una sanción humanizada después del transcurso de tan largos años sin decisión final".

Este criterio no tiene un sustrato de fundamentos jurídicos que lo avalen, pero se ha instalado de una manera sostenida, lo que ha permitido que se dicten sentencias condenatorias con sanciones atenuadas.

En relación con casos de tortura existe una sentencia en la que se condenó a un par de miembros de la Fuerza Aérea por los delitos de tormento o rigor innecesario causando lesiones graves, respecto de 17 casos de personas privadas de libertad que fueron duramente torturadas por largos períodos. Precisa la Corte Suprema en el considerando 5: "Que la improcedencia de aplicación del DL 2191 del año 1978 a los casos de violaciones a los derechos humanos, es una cuestión ya ampliamente conocida y resuelta por esta Corte".

Más adelante se conceptualiza respecto de los crímenes de lesa humanidad para señalar en el considerando 11 que "(...) atendida la naturaleza de los hechos investigados y de acuerdo a los antecedentes reunidos durante la indagación, es procedente concluir que se está en presencia de lo que la conciencia jurídica ha dado en denominar delitos

contra la humanidad (…) el presente ilícito fue efectuado en un contexto de violaciones a los derechos humanos graves, masivas y sistemáticas verificadas por agentes del Estado, constituyendo un instrumento dentro de una política a escala general de exclusión, hostigamiento, persecución o exterminio de un grupo de numerosos compatriotas”. Agrega en el considerando siguiente que “(…) se denominan crímenes de lesa humanidad aquellos injustos que no solo contravienen los bienes jurídicos comúnmente garantizados por las leyes penales, sino que al mismo tiempo suponen una negación de la personalidad moral del hombre, que se manifiesta como caso extremo, cuando se mira al individuo como una cosa. De suerte tal que para la configuración de este ilícito existe una íntima conexión entre los delitos de orden común y un valor agregado que se desprende de la inobservancia y menosprecio a la dignidad de la persona, porque la característica principal de esta figura es la forma cruel con que diversos hechos criminales son perpetrados, los que se contrarían de forma evidente y manifiesta con el más básico concepto de humanidad; destacándose también la presencia de ensañamiento con una especial clase de individuos, conjugando así un eminente elemento intencional, en tanto tendencia interior específica de la voluntad del agente”.

“En definitiva, constituyen un ultraje a la dignidad humana y representan una violación grave y manifiesta de los derechos y libertades proclamadas en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, reafirmadas y desarrolladas en otros instrumentos internacionales pertinentes”. A continuación se agrega “que los delitos de esta índole no pueden ser declarados prescritos, tampoco amnistiados, y respecto de ellos, no es posible consagrar excluyentes de responsabilidad que, pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables, precisamente porque se trata de acciones que constituyen graves violaciones a los derechos esenciales tales como la tortura (que corresponden a los hechos de esta causa) las ejecuciones sumarias, extra legales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por el derecho internacional de los derechos humanos”. Luego refiere a la supremacía de principios, pactos y tratados por sobre el derecho interno, en que es la propia Constitución que los hace prevalecer por sobre el derecho interno, en definitiva por voto de mayoría se confirma la sentencia condenatoria para los represores.

En suma, una mirada actual de lo que ha sido el tratamiento de la sociedad chilena a los casos de violaciones de los derechos humanos

ocurridos durante la dictadura muestra que, en definitiva, el ámbito judicial es donde más se ha podido avanzar. Las investigaciones penales son las que más han permitido avanzar en el esclarecimiento de los hechos por cuanto sus decisiones, que se pueden imponer coactivamente, obligan a declarar a víctimas y represores. Y va surgiendo información más allá de las voluntades de cooperación o rechazo a la investigación. Aun cuando las instituciones armadas siguen siendo refractarias a estas investigaciones, mucha información existe en otros archivos del Estado, en la prensa de la época, aun cuando esa información hubiere sido distorsionada por la censura. En definitiva, hay que extremar las iniciativas de búsqueda de información. Importante ha sido el rol que ha jugado la unidad de la Policía de Investigaciones que se ha hecho cargo de dar cumplimiento a las órdenes de investigar que les entregan los magistrados. Estas investigaciones judiciales superan con creces las de las comisiones de la verdad, y es razonable que ella sea así aun cuando estas constituyeron en su momento un hecho importante para que la sociedad toda conociera las dimensiones de lo ocurrido.

Desde el punto de vista de la sanción penal, también se ha avanzado, pero con muchas dificultades, y esta realidad se explica por los distintos ministros que han conformado la sala penal respecto de cada caso.

Por último, cabe hacer una reflexión sobre lo comunicacional. La prensa dominante es la que estuvo de acuerdo con el golpe militar, y si bien es cierto, en múltiples ocasiones se ha visto obligada a informar sobre estas cuestiones, la política del silencio y el olvido prima en cuanto política comunicacional. El esclarecimiento de los hechos, la discusión sobre la sanción penal de los represores, la forma en que ello se traspasa a las nuevas generaciones es muy importante y por tanto necesario de atender. No basta la consigna ni tampoco la visión unilateral preestablecida que no va reactualizando su mirada a la luz de los nuevos antecedentes y realidades que se presentan.

DESAFIANDO A LA IMPUNIDAD EN TRIBUNALES NACIONALES: JUICIOS POR DERECHOS HUMANOS EN AMÉRICA LATINA

Jo-Marie Burt

En abril de 2009, la Corte Suprema del Perú condenó al expresidente Alberto Fujimori (1990-2000) por violaciones graves de los derechos humanos y lo sentenció a veinticinco años de prisión. En el 2010, el expresidente uruguayo Juan María Bordaberry fue condenado a treinta años de prisión por violar el orden constitucional y por varios asesinatos y desapariciones forzadas que ocurrieron durante su Gobierno (1973-1976). En Argentina, después de que la Corte Suprema declarara que las leyes de amnistía de los años ochenta eran inconstitucionales, se desató una nueva ola de juicios, dando por resultado las condenas de varios cientos de agentes del Estado por abusos contra los derechos humanos y crímenes de lesa humanidad, incluyendo desapariciones forzadas, torturas y violaciones sexuales.

Estos juicios exitosos por casos de graves violaciones de derechos humanos ilustran un cambio notable en una región por mucho tiempo caracterizada por una impunidad institucionalizada, esto es, con mecanismos formales o informales impuestos o apoyados por políticas de Estado que garantizan que los responsables por graves violaciones de los derechos humanos no sean castigados. Estos juicios son notables también dada la debilidad histórica de los poderes judiciales latinoamericanos, la notoria falta de voluntad por parte de las élites del poder de hacer que los responsables de tales crímenes rindan cuentas, y la creencia, aun entre algunos progresistas, de que los juicios por derechos humanos no eran factibles, que perpetuaban el conflicto, o que socavaban las oportunidades de reconciliación. Sin embargo, un cambio global en las normas que favorece la rendición de cuentas combinado con el activismo

persistente de organizaciones de base en búsqueda de la verdad y la justicia, no obstante los tremendos elementos en contra y lo improbable de las victorias, algunas veces ha abierto espacios nuevos, por lo menos en algunas partes de América Latina, para que se den esfuerzos renovados para procesar a aquellos acusados de ordenar o llevar a cabo graves violaciones de los derechos humanos.

América Latina está, efectivamente, a la cabeza de la "cascada de justicia" identificada por Ellen Lutz y Kathryn Sikkink hace una década, esto es, la tendencia global a promover la rendición de cuentas de aquellos que cometieron, ordenaron o autorizaron de alguna forma violaciones graves de los derechos humanos, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad[1]. Este artículo examinará la trayectoria de cuatro países que han hecho progresos en los procesos por derechos humanos en la década pasada: Argentina, Chile, Uruguay y Perú.

Sin embargo, es importante notar que el récord de procesos por derechos humanos en América Latina es mixto, en el mejor de los casos. Algunos países como Argentina y Chile han avanzado significativamente en años recientes, mientras que otros procesos que parecían prometedores, como en el caso de Perú, se han estancado. Aun así, otros países, como Brasil y El Salvador, permanecen aparentemente impermeables a la cascada de justicia.

1. Justicia transicional: la experiencia latinoamericana

En un importante artículo que describe las fases evolutivas de la justicia transicional desde la Segunda Guerra Mundial, la especialista en derecho internacional Ruti Teitel sugiere que esta difusión de las normas de derechos humanos y los cambios resultantes en las respuestas globales a la atrocidad han generado una nueva fase de la justicia transicional, diferente de las dos primeras fases que ella identifica[2]. La primera fase, asociada a los juicios de Núremberg y Tokyo después del fin de la guerra, sirvió para el establecimiento de tribunales internacionales con el fin de

1 Ellen Lutz y Kathryn Sikkink, "The Justice Cascade: The Evolution and Impact of Foreign Human Rights Trials in Latin America", *Chicago Journal of International Law* 2(1) (2001): 1-34. Véase también Naomi Roht-Arriaza, *The Pinochet Effect: Transnational Justice in the Age of Human Rights* (Pittsburgh: University of Pennsylvania Press, 2005).

2 Ruti Teitel, "Transitional Justice Genealogy", *Harvard Human Rights Journal* 16 (2003): 69-94.

procesar nazis y otros oficiales de poder del eje por crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad. Las condiciones que llevaron a estos procesos de posguerra no fueron fácilmente replicables, sostiene Teitel; en los años que siguen, los procesos penales por violaciones graves de los derechos humanos u otros crímenes de lesa humanidad no pasan a ser una práctica estándar frente a regímenes violentos o abusivos, debido, al menos parcialmente, a la llegada de la Guerra Fría. Si bien hubo algunos ejemplos de procesamiento—nuevos Gobiernos democráticos en Grecia y Argentina que procesaron con éxito a los generales que gobernaron estas naciones por períodos largos en los setenta y ochenta— la respuesta más común fue, ya sea ignorar esos abusos pasados y seguir hacia adelante, a menudo después de establecer leyes generales de amnistía (lo que Brasil y Uruguay pretendieron después de los largos períodos de poder militar en los setenta y ochenta), o bien, establecer comisiones de la verdad para investigar casos de abuso pero sin que esto implicara un esfuerzo por abrir un proceso (como en Chile, El Salvador y Guatemala en los noventa). En cualquier caso, los procesos se abstuvieron de ser una opción normativa, y se presume que fue porque el carácter negociador de las transiciones del régimen militar hizo que esos procesos fueran difíciles, por no decir imposibles (como en Chile, El Salvador o Sudáfrica en los noventa).El pragmatismo fue la regla general en dichas democracias de transición, como lo denota la ahora bien conocida frase del comisionado de la verdad chilena José Zalaquett, cuya famosa formulación exhortaba a dirigentes políticos en tales situaciones tentativas a buscar justicia “dentro del dominio de lo posible” alimentaron una construcción binaria sosteniendo que la verdad era una alternativa aceptable de justicia[3]. En efecto, para algunos profesionales y académicos, la verdad se promovió como una

3 José Zalaquett, “Balancing Ethical Imperatives and Political Constraints: The Dilemma of New Democracies Confronting Human Rights Violations”, en Neil Kritz, Ed., *Transitional Justice: How Emerging Democracies Reckon with the Past* (United States Institute of Peace, 1992). Como ha señalado Teitel (2003, *Ib.*), la factibilidad de los procesos estaba limitada por el contexto político de las transiciones; por ejemplo, el aún poderoso Ejército y el rol político en proceso que jugaba Pinochet en la transición en Chile hizo extremadamente riesgoso intentar hacer juicios por abusos contra los derechos humanos. Frente a estos dilemas, muchos países optaron por poner en práctica los procesos judiciales en favor de otros mecanismos de justicia transicional, incluyendo la búsqueda de la verdad y reparaciones. Estas venían con leyes de amnistía, con frecuencia, las cuales eran puestas en práctica, en algunos casos, por el régimen anterior, como en Chile y Brasil, y en otros fueron puestas en práctica por el régimen democrático transicional, como en Uruguay y El Salvador. Roht-Arriaza *(Ib.)* explora algunos de estos casos en detalle.

forma *preferida* de justicia, ya que supuestamente reducía el conflicto y fomentaba la reconciliación[4].

Sin embargo, tales formulaciones fueron interrumpidas, a veces, por acciones tomadas independientemente de los actores estatales para promover la responsabilidad a través de otros medios, a menudo en escenarios que transcendían al Estado-nación. Como producto de la globalización, la difusión de normas para derechos humanos, el activismo local y transnacional por los derechos humanos y la evolución en el derecho internacional, ha surgido en el siglo XXI una nueva fase marcada por la masificación y la normalización de los mecanismos de la justicia transicional[5].Si bien los procesos penales no son, de ninguna manera, la norma en esta nueva y tercera fase de la "justicia globalizada", para usar la frase de Teitel, ellos son más frecuentes que antes, como lo han sostenido Lutz y Sikkink[6]. Un nuevo régimen internacional que reconoce la obligación de los Estados de investigar y castigar las violaciones de los derechos humanos se ha consagrado a través del trabajo de los Tribunales Penales Internacionales para la antigua Yugoslavia y Ruanda[7], la detención del dictador general Augusto Pinochet en Londres en 1998 y la afirmación del principio de jurisdicción universal que el proceso de extradición conllevó[8], y la firma, también en 1998, del Tratado de Roma que llevó a la creación en 2002 de la Corte Penal Internacional[9]. El resultado ha sido una vigorosa lucha alrededor del mundo —a nivel internacional, nacional y local— para concebir mecanismos que garanticen la rendición de cuentas por crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y graves violaciones de los derechos humanos.

4 Robert I. Rotberg y Dennis Thompson, Eds., *Truth v. Justice: The Morality of Truth Commissions* (Princeton University Press, 2000).

5 T. Risse, S.C. Roppe, y K. Sikkink, Eds., *The Power of Human Rights: international norms and domestic change* (Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1999).

6 Lutz y Sikkink, "The Justice Cascade", *Ib.*

7 Véase, por ejemplo, William Schabas, *The UN International Criminal Tribunals: The Former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone* (Cambridge: Cambridge University Press, 2006). En otras discusiones se toma una posición más crítica frente a estas instituciones *ad hoc*. Véase Mark Drumbl, *Atrocity, Punishment and International Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2007).

8 Roht-Arriaza *(Ib.)* proporciona una versión completa del arresto de Pinochet y su impacto.

9 Véase, por ejemplo, Benjamin Schiff, *Building the International Criminal Court* (Cambridge: Cambridge University Press, 2008).

En América Latina —ante la falta de respuesta de las instituciones judiciales nacionales para investigar y penalizar las graves violaciones de los derechos humanos cometidas durante Gobiernos autoritarios y/o en el contexto de conflictos armados internos—, las organizaciones de derechos humanos, sobrevivientes y familiares de víctimas de abusos hacia los derechos humanos y otros grupos de la sociedad civil buscaron usar entidades internacionales, especialmente el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, para desafiar las leyes de amnistía, presionar a los Gobiernos regionales a que investiguen, procesen y penalicen violaciones graves de los derechos humanos, y provean de indemnizaciones a las víctimas[10]. La creciente respuesta del sistema interamericano, en particular de la Comisión Interamericana para los Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos —las cuales empezaron a pronunciarse a favor del deber del Estado de abrir procesos por graves violaciones de los derechos humanos y del derecho de las víctimas a acceder a la justicia, así como del derecho a la verdad—, fue de especial importancia en el apoyo de esfuerzos locales en la región para procesar y castigar a los autores de violaciones graves de los derechos humanos[11]. En particular, como veremos luego, la decisión del 2001 en el caso *Barrios Altos*, donde la CIDH determinó que las leyes de amnistía, cuyo propósito era escudara los perpetradores contra el procesamiento penal, violaban la Convención Americana de Derechos Humanos y eran, por lo tanto, nulas y sin efecto, ayudó a impulsar esfuerzos internos para desafiar dichas leyes, abriendo posibilidades para el proceso penal en muchas partes de la región. Pero, como se discutirá en otras secciones más adelante, se decidió que los esfuerzos realizados por grupos de la sociedad civil para sacar adelante una agenda pro-rendición de cuentas, con frecuencia a un alto riesgo y con enormes contratiempos, luego ayudó a crear condiciones para los procesos de derechos humanos en los casos aún en estudio. El gran contexto político juega, ciertamente, un importante papel, como se plantea más adelante: las varias formas de apoyo político para los procesamiento de violaciones de derechos humanos pueden jugar un papel fundamental, pero como los casos aquí

10 Una excelente descripción de tales esfuerzos en la región la ofrece el volumen *Victims Unsilenced: The Inter-American Human Rights System and Transitional Justice in Latin America* (Washington, D. C.: Due Process of Law Foundation, 2007).

11 Douglass Cassel, "The Inter-American Court of Human Rights", en *Victims Unsilenced: The Inter-American Human Rights System and Transitional Justice in Latin America* (Washington, D. C.: Due Process of Law Foundation, 2007).

lo sugieren, los esfuerzos de la élite para poner fin a los procesos de rendición de cuentas fueron desafiados a nivel nacional e internacional por grupos de la sociedad civil interna, cuyo activismo en nombre de la verdad y la justicia ha replanteado nuevamente y de manera poderosa los debates sobre las prácticas de rendición de cuentas y derechos humanos en América Latina.

2. Argentina: de la rendición de cuentas a la impunidad y viceversa

Hoy en día, Argentina va a la cabeza en el mundo en juicios por derechos humanos en el ámbito nacional. En vista de que la Corte Suprema argentina declaró que las leyes de amnistía de 1980 eran inconstitucionales, se han puesto en marcha docenas de juicios, y a la fecha hay más de trescientos perpetradores que han sido condenados, incluyendo figuras icónicas de la represión militar tales como Alfredo Astiz. Definitivamente, ha habido cambios radicales en Argentina en la política de Estado de procesos penales —desde el apoyo total del Estado para el juicio de las juntas militares entre inicios y mediados de los ochenta, pasando por el rastreo de esta política y la promulgación de leyes de amnistía e indultos para detener el proceso de juicios y placar a aquellos que se opusieran a ello, principalmente el Ejército, hasta el relanzamiento de procesos penales después del 2005, cuando la Corte Suprema confirmó sentencias previas que habían declarado que las leyes de amnistía e indultos eran inconstitucionales. ¿Cómo se pueden entender estas drásticas fluctuaciones de la norma?

Inducido por las masivas protestas sociales dirigidas por las Madres de la Plaza de Mayo contra el régimen militar para su política sistemática de desapariciones forzadas, el nuevo Gobierno democrático de Raúl Alfonsín estableció una de las primeras comisiones de la verdad del mundo. La Comisión Sábato, como llegó a conocerse, tuvo el propósito expreso de reunir evidencia que luego sería usada en juicios contra los arquitectos principales de la política sistemática de la represión. La búsqueda de la verdad estaba intrincadamente vinculada a la búsqueda de la justicia, un punto de partida notable de la política adoptada por los vecinos de Argentina: Brasil y Uruguay, quienes estaban inmersos en procesos de transición casi al mismo tiempo. En estos dos países, la política oficial era la negación y el silencio, acompañada de leyes de amnistía radicales que protegían a

aquellos que cometían abusos de los derechos humanos para que no se les procesara penalmente[12].

Alfonsín y sus asesores estimaron que era necesaria alguna forma de rendición de cuentas, no solo desde el punto de vista de los derechos humanos, sino también para afirmar los principios fundamentales de la democracia liberal[13]. Al afirmar el Estado de derecho y el principio de igualdad ante la ley, los juicios ayudarían a restablecer la credibilidad del Estado argentino y a consolidar las instituciones democráticas[14]. Al mismo tiempo, Alfonsín y sus asesores creían que era imposible que todos los responsables de dichos actos rindieran cuentas, ya que la tortura y la desaparición no eran obra de una cúpula pequeña y especializada (como sí lo habían sido en la Alemania nazi), sino que más bien estaban esparcidas en todas las fuerzas armadas. Se determinó que los altos generales de las juntas que gobernaron durante el régimen militar serían juzgados como autores intelectuales de una política sistemática de represión que trajo como resultado violaciones masivas de los derechos humanos[15]. En 1985, después de que la comisión de la verdad terminara su trabajo y documentara casi nueve mil desapariciones, el Gobierno abrió juicios a nueve líderes de la junta; cinco de ellos fueron condenados y sentenciados con largas penas[16]. Algunas organizaciones de derechos humanos criticaron esta política, sosteniendo que todos los perpetradores deberían ser sometidos a juicio y rendir cuentas ante la ley.

---

12 Se hicieron importantes esfuerzos para alcanzar la verdad y la justicia en Brasil y Uruguay, como se documenta en Lawrence Weschler, *A Miracle, A Universe: Settling Accounts With Torturers* (Chicago: The University of Chicago Press, 1990).

13 Carlos Santiago Nino, *Radical Evil on Trial* (New Haven, CT: Yale University Press, 1998).

14 Véase también Jaime Malamud-Goti, *Game without End: State Terror and the Politics of Justice* (University of Oklahoma Press, 1996) y Elizabeth Jelin *et al.*, *Vida cotidiana y control institucional en la Argentina de los 90* (Buenos Aires: Nuevohacer, 1996). Jelin descubre lo que Alfonsín y sus asesores suponían que era correcto: el juicio a los miembros de las juntas militares contribuyó a construir la legitimidad del poder judicial como institución.

15 Esta política refleja la noción propuesta por Hannah Arendt en su estudio sobre el juicio a Adolph Eichmann, en el cual sugiere que, en los casos de violencia de Estado en forma masiva y coordinada, mientras más nos alejamos de señalar a la persona que cometió el crimen, más nos acercamos a encontrar a la(s) persona(s) responsable(s) de dicho crimen. Véase Hannah Arendt, *Eichmann in Jerusalem: A Report on the Banality of Evil* (Nueva York: Penguin Books, 1994).

16 Al inicio, el Gobierno había propuesto que los procesos a las juntas se realizaran en cortes militares, pero se dilataban tanto que terminaron por ser transferidos a una corte civil.

Estas condenas, junto con el progresivo número de juicios civiles que ciudadanos argentinos y organizaciones de derechos humanos abrían a miembros de la plana menor de las fuerzas armadas, activaron una serie de revueltas militares. Alfonsín —quien también estaba pasando por una enorme crisis económica marcada por una masiva hiperinflación— dio marcha atrás a su independiente política de derechos humanos, aprobando una serie de decretos ley que otorgaban efectiva inmunidad a oficiales de mediano y bajo rango de que se les procesara (la Ley de Punto Final, seguida de la Ley de Obediencia Debida). Luego vendría una ley de amnistía comprehensiva aprobada por el sucesor de Alfonsín, Carlos Menem, así como también el indulto de los cinco líderes de la junta que habían sido procesados y condenados en 1985[17].

No obstante las leyes de amnistía, las organizaciones de derechos humanos continuaron presionando la agenda de rendición de cuentas, en algunos casos acudiendo a entes internacionales para que apoyaran sus pedidos. En 1995, Carmen Lapacó, Emilio Mignone y Marta Vásquez hicieron una denuncia legal exigiendo la verdad sobre lo que pasó con sus hijos, quienes habían desaparecido durante la dictadura. Dado que los casos en el Poder Judicial argentino no avanzaban, llevaron sus casos al sistema interamericano, lo que a la larga derivó en un acuerdo amigable en el cual el Estado argentino reconocía el derecho a la verdad de los familiares y, para tal efecto, prometía convocara “juicios de verdad” en los tribunales federales. Asimismo, las “confesiones” públicas de unos cuantos perpetradores contribuyeron a un debate intenso sobre estos temas también[18].

Mientras tanto, los sobrevivientes, familiares de las víctimas y abogados de derechos humanos buscaban incansablemente otras maneras de lidiar con las leyes de amnistía. A inicios de 1998, un juez aceptó el argumento planteado por los abogados de derechos humanos de que las leyes de amnistía y los indultos presidenciales no incluían el crimen por secuestro de bebés, y ordenaron el arresto del general Jorge Videla, uno de los líderes principales de la junta que había sido condenado

17 Véase Nino, *Radical Evil on Trial*.

18 Este fue particularmente el caso con la “confesión” pública del capitán de la Marina Adolfo Scilingo, que fuera publicada como una entrevista en *El vuelo* de Horacio Verbitsky. Para un apasionante análisis comparativo de las confesiones públicas por parte de perpetradores, véase el libro de Leigh Payne, *Unsettling Accounts: Neither Truth nor Reconciliation in Confessions of State Violence* (Durham, NC: Duke University Press, 2008).

en 1985 e indultado en 1990, y otros. Como veremos, esto tendría un efecto transformador en los debates sobre rendición de cuentas en Argentina, los cuales tendrían eco en toda la región, especialmente en el Cono Sur. Esto también ocurriría con el arresto del exdictador chileno Augusto Pinochet en Londres varios meses después.

Los abogados de derechos humanos tenían clara la necesidad de anular las leyes de amnistía para permitir que avancen los juicios penales en los casos más allá de secuestros de bebés[19]. En el 2000, los abogados del Centro para Estudios Legales y Sociales (CELS) presentaron una denuncia penal ante los tribunales pidiendo la revocación de las leyes de amnistía en un juicio en curso, incluyendo el secuestro ilegal de una niña de ocho meses de edad, Claudia Victoria Poblete. Dos miembros de la Policía Federal, Julio Héctor Simón y Juan Antonio del Cerro, estaban siendo procesados por este crimen. CELS sostuvo que el juicio estaba basado en una contradicción fundamental: los jueces podrían investigar y castigar el crimen del secuestro de la niña, pero no la desaparición de los padres, ya que los perpetradores estaban protegidos por las leyes de amnistía en cuanto al crimen más reciente, pero no el anterior. CELS sostuvo que, basados en el derecho internacional —el cual, de acuerdo con la Constitución argentina, era parte del derecho nacional—, estos eran crímenes de lesa humanidad y, por lo tanto, no estaban sujetos a plazos de prescripción de caducidad, no podían ser amnistiados, y tenían que ser procesados de acuerdo con la ley argentina[20]. El juez que presidía el caso, Gabriel Carvallo, dictaminó a favor de CELS, declarando que las leyes de amnistía no eran válidas ni aplicables en este caso. Carvallo notó que las leyes de amnistía interferían con el deber internacional del Estado argentino de investigar y procesar crímenes de lesa humanidad[21]. Dos años después, en el 2003, el Congreso argentino declaró que las leyes de amnistía eran inconstitucionales.

En aquel año, Néstor Kirchner, miembro del partido peronista, fue elegido presidente. Kirchner heredó un país devastado por el colapso

19 Entrevista a Gastón Chillier, director, Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), Buenos Aires, junio de 2007.

20 CELS, “Pedido de inconstitucionalidad de las leyes de punto final y obediencia debida - Caso Poblete”, http://www.cels.org.ar/agendatematica/?info=detalleDocF&ids=11&lang=es&ss=41&idc=592, sin fecha.

21 Valeria Barbuto, “Procesos de justicia transicional: Argentina y el juzgamiento de graves violaciones a los derechos humanos”, Informe para la Fundación para el Debido Proceso Legal. Documento en poder del autor.

económico y con una grieta profunda en la confianza pública en los políticos y el sistema político en general. En sus esfuerzos por reconstruir la confianza ciudadana en las instituciones públicas, Kirchner, de la generación de peronistas que habían sido reprimidos despiadadamente durante la dictadura militar, adoptó una fuerte postura en favor de la rendición de cuentas. Presionó rápidamente para que se diera una nueva política de gobierno sobre derechos humanos que incorporó como pieza central el procesamiento judicial por violaciones de tales derechos, pero que también incluyó otras iniciativas tales como la recuperación de los antiguos centros de detención y la transformación de estos en espacios de conmemoración, así como la investigación rigurosa de funcionarios del Gobierno vinculados a la dictadura. Si bien el liderazgo de Kirchner fue importante, el centro de estos cambios estuvo en la movilización anterior de los derechos humanos y otros grupos civiles que desafiaban la impunidad nacional e internacionalmente, y la respuesta cada vez mayor de las instituciones argentinas a estas demandas.

El momento que marcó el hito llegó en el 2005, cuando la Corte Suprema declaró inconstitucionales las leyes de amnistía, dejando así las puertas abiertas a esfuerzos renovados por una justicia retributiva en Argentina. (En el 2007, la Corte Suprema también declaró inconstitucionales los indultos declarados por el Poder Ejecutivo, lo que llevó a otro arresto de varios oficiales militares que habían sido procesados en los ochenta y luego liberados por el indulto presidencial de Menem). Más de 1500 presuntos culpables están siendo procesados, con 229 condenas a la fecha[22]. Si bien los defensores de derechos humanos han criticado la ausencia de una política de Estado coherente en cuanto a las investigaciones penales, ha habido notables progresos. Por ejemplo, el primer juicio que llevó a una condena (en el 2006) estuvo enfocado en dos asesinatos solamente, cuando los responsables acusados eran presuntos culpables de cientos de muertes y desapariciones forzadas. Los fiscales están acumulando cada vez más casos y, por eso, hay muchas víctimas así como perpetradores que son parte del mismo proceso legal[23]. Por ejemplo, en el juicio que terminó recientemente en el paradigmático

22 Estos datos proceden del *blog* en línea del Centro para Estudios Legales y Sociales (CELS): http://www.cels.org.ar/wpblogs/, consulta: 4-11-11. Varias de las sentencias dictadas desde el 2005 se encuentran disponibles en el sitio en internet del Poder Judicial argentino, Centro de Información Judicial: http://www.cij.gov.ar/lesa-humanidad.html.

23 Comunicación personal, Gastón Chillier, Lima, Perú, 22 de julio de 2011.

caso de ESMA (una escuela militar que se usó como centro clandestino de detención militar durante la dictadura y que albergaba un estimado de 2000 prisioneros políticos, la mayoría de los cuales desaparecieron), el caso comprendía 85 víctimas y 18 acusados. El 5.° Tribunal Oral Federal emitió su sentencia en octubre de 2011, dictando condenas a 15 de los 18 acusados por los crímenes cometidos en ESMA, los cuales fueron definidos por los jueces como de lesa humanidad[24]. Entre los que fueron condenados estaban las figuras icónicas del aparato represor de la dictadura incluyendo a Alfredo Astiz y Antonio Pernias quienes, junto con otros diez, fueron sentenciados a cadena perpetua (otros tres fueron sentenciados a entre dieciocho y veinticinco años de prisión, mientras que tres fueron absueltos, aunque igual permanecen en prisión por cargos en otros casos).

Una confluencia de factores contribuyó al progreso de los procesos penales por violaciones de los derechos humanos en Argentina. Las reformas al nivel del Poder Judicial fueron claramente importantes, así como la habilidad de los abogados, fiscales y jueces para usar el derecho internacional y también las resoluciones dadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sus fallos jurídicos. El apoyo político de los procesos penales por el Gobierno de Kirchner también fue de vital importancia. Pero es discutible que, por sí mismos, ninguno de estos factores habría impulsado los procesos judiciales en casos de derechos humanos. Sin la determinación de los sobrevivientes, familiares de las víctimas y organizaciones de derechos humanos en pedir cuentas a los responsables de graves violaciones de los derechos humanos por medio de juicios penales internos, es poco probable que este hubiera sido el resultado del debate sobre rendición de cuentas en Argentina. Las asociaciones de víctimas y grupos de derechos humanos buscaron alianzas con una gran gama de actores y organizaciones internacionales, y acudieron a entidades internacionales como el sistema interamericano para la protección de los derechos humanos con el fin de apoyar y desarrollar esta agenda. Pero fueron los esfuerzos locales, que se mantuvieron bastante constantes a través del tiempo y que se adaptaron a nuevos desafíos y circunstancias, los que llevaron adelante el proceso. No hay duda de que sus éxitos y sus fracasos en promover una agenda de responsabilidad también coincidieron con cambios en la estructura

24 Para más información sobre este caso, véase el sitio en internet de CELS: http://www.cels.org.ar/esma/.

de oportunidades políticas: inicialmente, un escenario relativamente favorable para los procesos en momento de transición, dado que el Ejército estaba en desgracia después de su derrota en el conflicto sobre las Malvinas; después, un escenario desfavorable en toda la década de los noventa mientras los sectores conservadores político, económico y militar se reagrupaban para poner resistencia a los esfuerzos por buscar a los culpables y que exitosamente impusieron mecanismos de impunidad, y más tarde, un nuevo momento en la rendición de cuentas después de la elección de los Kirchner (Néstor Kirchner en el 2003 y su esposa Cristina en el 2007 y el 2011)[25].

3. Chile y Uruguay: impunidad y "rendición de cuentas tardía"

3.1. Chile

En Chile, después de diecisiete años de dictadura bajo el poder del general Augusto Pinochet (1973-1990), el nuevo Gobierno democrático de Patricio Aylwin creó una comisión de la verdad para investigar los abusos que ocurrieron bajo la dictadura militar. Temeroso de un contragolpe militar, el Gobierno de Aylwin no cuestionó la ley de amnistía de 1978 decretada bajo el poder de Pinochet con el fin de prevenir un castigo por los crímenes atroces de la dictadura. La comisión Rettig, tal y como se la conoce, investigó las ejecuciones extrajudiciales, desapariciones, y casos de tortura que terminaban en muerte (pero no la tortura en sí). Produjo un informe que documentaba la muerte y desaparición de unos tres mil ciudadanos chilenos, y recomendó la implementación de programas simbólicos y monetarios de reparaciones para los sobrevivientes de la dictadura. Sin embargo, la impunidad permaneció intacta. Aunque hubo juicios que investigaban casos de desapariciones forzadas y asesinatos, la ley de amnistía se aplicaba rutinariamente, protegiendo a los culpables de que recibieran un castigo efectivo. El único juicio que culminó con una condena exitosa —el caso del jefe de la policía secreta de Pinochet, Manuel Contreras, por el asesinato en coche bomba de Orlando Letelier

25 Durante las entrevistas realizadas en el 2007 y el 2010, varios observadores informados sugirieron que Kirchner apoyó la agenda de derechos humanos con el fin de construir nuevos constituyentes luego de la ruina económica del 2000 y la extrema inestabilidad que vino después. En todo caso, tanto Néstor como Cristina Kirchner han sido partidarios acérrimos del proceso penal de justicia.

en Washington, D.C. en 1976— fue posible, principalmente, gracias a la presión de los Estados Unidos[26].

Si bien el arresto de Pinochet en Londres —octubre de 1998— jugaría un papel impulsador en el proceso de responsabilización, hubo importantes cambios en la dinámica local que revelan los esfuerzos continuos por parte de los grupos de derechos humanos y de víctimas para promover una agenda de rendición de cuentas en 1997 e inicios de 1998. Cath Collins describe el trabajo de los grupos de derechos humanos en Chile y de oposición en cuanto a lo que ellos percibían como una oportunidad única para desafiar a Pinochet cuando este se estaba retirando como comandante en jefe de las fuerzas armadas y a punto de asumir un curul en el Senado como senador vitalicio[27]. A inicios de 1988, se presentaron dos denuncias penales diferentes contra Pinochet. La primera, en enero de 1988, fue presentada por los familiares de las víctimas de la operación militar “Caravana de la muerte”[28], y dos semanas después, el Partido Comunista presentó una denuncia por el asesinato de líderes del partido durante la dictadura. La táctica, como anota Collins, era más un intento político que legal, y sus promotores dudaban de su eficacia. Les preocupó en particular el saber que ambos casos habían sido encargados a Juan Guzmán, un juez conservador que, como él mismo lo admitió, había brindado con champán junto con sus amigos y familiares por el golpe de Estado de 1973 que llevó al poder a Pinochet[29]. Guzmán sorprendió a todos los partidos cuando dio curso a la denuncia y emprendió una investigación. Pocos meses después, en septiembre de 1988, la Corte Suprema pasó una resolución aceptando la tesis planteada por abogados de derechos humanos de que el caso de desaparición forzada, en vista de que nadie había sido encontrado o identificado todavía, equivalía a un delito en curso y continuado y que, como resultado, la ley de amnistía de 1978 no le era aplicable. Esta resolución fue reconfirmada en un

26 Orlando Letelier, exministro del Exterior chileno durante el Gobierno de Salvador Allende, fue asesinado junto con su colega estadounidense, Ronni Moffit, en los suburbios de Washington, D.C. en un ataque de coche bomba organizado por operativos del régimen de Pinochet. Manuel Contreras, jefe de la policía secreta de Pinochet, fue enjuiciado y condenado por este crimen.

27 Cath Collins, “Human Rights Trials in Chile During and After the ‘Pinochet Years’”, *International Journal of Transitional Justice* 4:1 (2010), pp. 67-86.

28 Véase Patricia Verdugo, *Chile, Pinochet, and the Caravan of Death* (Lynne Reinner, 2001).

29 Véase la declaración de Guzmán en el documental, *The Judge and the General* (2008) producido por Elizabeth Farnsworth y Patricio Lanfranco.

caso subsiguiente y se convirtió en elemento clave para avanzar en los procesos de derechos humanos en Chile[30].

El arresto de Pinochet en Londres, en octubre de ese año, y las gestiones para extraditarlo a España a fin de que comparezca por cargos de crímenes de lesa humanidad, estimularon los esfuerzos para llevar a los responsables de violaciones de los derechos humanos ante la justicia en Chile[31]. Collins informa que entre octubre y diciembre de 1998 hubo más de trescientas denuncias penales planteadas contra Pinochet y otros más. El juez Guzmán procesó con éxito tres veces a Pinochet por varios crímenes de derechos humanos; no obstante, Pinochet y sus abogados manipularon el sistema legal y consiguieron largas demoras. Finalmente, Pinochet falleció en diciembre de 2006 sin haber comparecido ante la ley por los crímenes de los que se le acusaba[32]. Sin embargo, el caso Pinochet obligó a abrir el tema de la impunidad vigente por violaciones de los derechos humanos en Chile a pesar de los esfuerzos que hicieron los Gobiernos sucesivos por echarle tierra al asunto. Como resultado directo de esto, el Gobierno creó nuevos espacios de discusión con grupos de la sociedad civil y las fuerzas armadas, incluyendo la Mesa de Diálogo, y luego estableció una segunda comisión de la verdad (la Comisión Valech) para examinar los casos de prisioneros políticos y tortura, los cuales no habían sido incluidos en el mandato de la primera comisión de la verdad.

El caso Pinochet atrajo la atención internacional sobre la omisión de Chile en materia de procesamiento a los perpetradores de violaciones graves de derechos humanos, y ello hizo cada vez más difícil que el Gobierno chileno ignorara las crecientes demandas de la sociedad civil para que se llevara a cabo una rendición de cuentas. Pero, tal como lo indica Collins, fue el trabajo anterior hecho por los grupos de derechos humanos lo que sentó las bases para que se abrieran procesos penales en Chile[33]. La elección presidencial de Michelle Bachelet —quien fuera prisionera política y cuyo padre, miembro de las fuerzas armadas chilenas, fue asesinado por la dictadura de Pinochet— también generó un nuevo conjunto de oportunidades para los juicios penales de aquellos acusados por violaciones de los derechos humanos. Aunque el Gobierno

30 Esto sale de un análisis minucioso que aparece en Collins (2009), *Ib.*

31 Véase Roht-Arriaza, *The Pinochet Effect,* y Collins, “Human Rights Trials in Chile”.

32 Entrevista al autor, juez Juan Guzmán, Lima, 18 de agosto de 2008.

33 Cath Collins, “State Terror and the Law: The (Re)Judicialization of Human Rights Accountability in Chile and El Salvador”, *Latin American Perspectives* 35:5 (2008): 20-37.

de Bachelet no promovió estos juicios como política de Estado, fue más receptivo a la agenda de rendición de cuentas. Si bien la ley de amnistía de 1978 sigue escrita, los jueces han dejado de aplicarla en los casos concernientes a crímenes de lesa humanidad. Más de 1400 procesos en Chile están en curso o ya concluyeron, la mayoría son por los crímenes de desaparición forzada o ejecución extrajudicial. Entre el 2000 y mayo de 2011, 773 miembros o exmiembros de las fuerzas de seguridad de Estado han sido procesados y/o sentenciados por crímenes de derechos humanos, con 245 sentencias firmes (confirmadas por la Corte Suprema) a la fecha[34].

3.2. Uruguay

Luego de doce años de régimen militar, Uruguay regresó a la democracia en 1985. Así como ocurrió en Chile, para Uruguay la transición del autoritarismo fue negociada. Las fuerzas armadas siguieron teniendo poder y el Gobierno conservador que tomó el mando en 1985 promovió una política de "perdonar y olvidar" con respecto a las atrocidades pasadas cometidas por personajes del Estado. A diferencia del país vecino, Argentina, cuyo nuevo Gobierno adoptó la agenda de derechos humanos como propia y promovió tanto una comisión de la verdad como juicios penales contra los miembros de las juntas que dirigieron el país durante la dictadura militar, el Gobierno conservador que condujo la transición de Uruguay no consideró deseable una comisión de la verdad. Frente a la ausencia de una política de Estado en derechos humanos, los sobrevivientes y familiares de las víctimas, así como las organizaciones de derechos humanos, empezaron a presentar denuncias judiciales. En 1986, cuando se iba a iniciar el primer juicio a un oficial militar acusado de abusos contra los derechos humanos, el entonces ministro de defensa, general en retiro Hugo Medina, anunció que el oficial acusado no se presentaría ante la Corte. Se supone que para impedir una crisis constitucional, el Parlamento uruguayo aprobó la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado, conocida como Ley de Caducidad, que puso fin a la gestión del Estado para procesar penalmente a miembros de

34 Boletín Informativo n.° 14 del Observatorio de Derechos Humanos, Universidad Diego Portales (junio/agosto 2011), pp. 2-3. Los observadores de derechos notan, sin embargo, que la Corte Suprema ha aplicado varias "circunstancias atenuantes" que resultan en la reducción efectiva de sentencias y, a veces, significa que aquellos condenados por violaciones de los derechos humanos realmente nunca pasan un día en prisión. Véase *Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2011*, Observatorio de Derechos Humanos, Universidad Diego Portales, http://www.derechoshumanos.udp.cl.

las fuerzas armadas acusados por violaciones de los derechos humanos[35]. Los críticos hicieron la acusación de que la ley era, esencialmente, una ley global de amnistía diseñada para proteger a los responsables de abusos contra los derechos humanos para que no pasaran por un proceso penal y, así, pidieron su revocación. Los líderes del Gobierno sostenían, en cambio, que la Ley de Caducidad era el equivalente moral de la amnistía que había sido otorgada a los prisioneros políticos, incluyendo a exlíderes guerrilleros, justo después de la transición a la democracia (muchos de los cuales habían sido arbitrariamente detenidos, arrestados sin haber seguido el debido proceso, y brutalmente torturados por muchos años), y que era esencial para garantizar una estabilidad democrática[36].

Casi inmediatamente después, un grupo de legisladores presentó una propuesta que desafiaba la legalidad de esa norma, pero no prosperó. Los grupos de derechos humanos presentaron un recurso de inconstitucionalidad a la Corte Suprema, pero la Corte confirmó la legalidad de la ley con un voto por separado de 3-2 en 1988. Mientras tanto, se conformó una amplia coalición de políticos de izquierda, líderes laborales y sociales, activistas de derechos humanos, sobrevivientes de la dictadura, y familiares de las víctimas con el fin de combatir la ley de amnistía a través de un referéndum. Luego de un masivo esfuerzo popular por obtener las firmas del 25% de votantes inscritos, en abril de 1989 se realizó el referéndum. La iniciativa perdió por un estrecho margen[37].

En vista del camino así cerrado en el país buscando la rendición de cuentas por violaciones de los derechos humanos, las organizaciones de derechos humanos presentaron una denuncia a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). La Comisión declaró en su informe de 1992-1993 que la Ley de Caducidad de Uruguay violaba una serie de tratados y obligaciones de derechos humanos que debían revocarse[38]. El Estado uruguayo ignoró esta recomendación. Mientras

35 El título completo de la ley es Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado.

36 Estos debates están reseñados por Lawrence Weschler, *A Miracle, A Universe: Settling Accounts with Torturers* (University of Chicago Press, 2.ª ed., 1998).

37 Jo-Marie Burt, *"El pueblo decide": A Brief History of the Referendum Against the Impunity Law in Uruguay* (Montevideo: Servicio Paz y Justicia, 1989).

38 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1992-1993*, Informe n.° 29/92, 12 de marzo de 1993. Casi una década después, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se pronunciaría sobre la cuestión de las leyes de amnistía. En el 2001, en el caso *Barrios Altos*, la Corte dictaminó que las leyes de amnistía, cuya intención es

tanto, el voto que defendía la ley de amnistía parecía paralizar a la sociedad civil uruguaya, y el progreso del tema en los años siguientes fue escaso.

Sin embargo, esto empezó a cambiar hacia el final de la década, en parte como respuesta a la nueva ola de esfuerzos por lograr justicia y un sistema de rendición de cuentas en el país vecino de Argentina. La sociedad civil uruguaya, especialmente los sobrevivientes, familiares de las víctimas, organizaciones de derechos humanos, sindicatos, y algunos sectores dentro del Frente Amplio, una coalición de partidos de izquierda, empezaron a movilizarse de nuevo en torno al tema de la impunidad. El senador Rafael Michelini (hijo del senador asesinado Zelmar Michelini) y la Asociación de Madres y Familiares de los Desaparecidos convocaron una marcha de silencio el 20 de mayo de 1996 para exigir la verdad, la justicia y la memoria, lo cual tuvo una respuesta masiva.

Casi al mismo tiempo, un caso específico activó la opinión pública: el caso de la nieta desaparecida del poeta argentino Juan Gelman. El hijo y la nuera de Gelman estaban entre los desaparecidos en la dictadura militar argentina en los setenta, pero había la evidencia verosímil de que la nuera de Gelman, quien estaba en cinta al momento de su detención, había sido traída al Uruguay ilegalmente y que allí dio a luz a una niña. La bebé fue dada a una familia militar, y a la madre la mataron. La búsqueda pública por parte de Gelman de su nieta desaparecida, Macarena, cautivó a la sociedad uruguaya, contribuyendo a la decisión del entonces presidente Jorge Battle de establecer un organismo gubernamental que investigara el paradero de los desaparecidos.

La Comisión para la Paz, como se le llamó, fue controvertida: algunos estaban satisfechos con que el Estado hubiera finalmente reconocido su responsabilidad en las desapariciones, mientras que otros fueron críticos de su alcance limitado (puesto que no investigaba otros crímenes, incluyendo asesinatos, detención arbitraria, y la extendida práctica de torturar a prisioneros políticos) y cuestionaron algunas de sus conclusiones[39]. No obstante, hubo algunos importantes adelantos.

prevenir procesos penales por graves violaciones de los derechos humanos, violan la Convención Americana de Derechos Humanos y carecen de efecto legal. En un fallo subsecuente, la Corte determinó que su decisión era universalmente válida. Véase Douglas Cassel, "The Inter-American Court of Human Rights", en *Victims Unsilenced: The Inter-American Human Rights System and Transitional Justice in Latin America* (Washington, D. C.: Due Process of Law Foundation, 2007).

39 La Comisión por la Paz había emitido información falsa en casos claves, como se descubrió más adelante a través del informe de investigación del periodista Roger

En el 2000, Macarena Gelman fue identificada, para gran impacto público, especialmente porque el presidente Sanguinetti había negado anteriormente su existencia. El descubrimiento de otro niño desaparecido, Simón Riquelo, que había sido sustraído a su madre, Sara Méndez, cuando aquel tenía un mes de nacido al ser ella detenida en Argentina, les dio más ímpetu a las demandas por la verdad y la justicia en Uruguay.

Mientras tanto, los abogados uruguayos, tomando el ejemplo de sus contrapartes en Argentina y Chile, empezaron a buscar fisuras en la Ley de Caducidad[40]. En el 2000, el abogado Pablo Chargoñia presentó ante la Corte una orden judicial de *habeas data* por el caso de Elena Quinteros, una maestra que fue desaparecida por la fuerza en 1976, sosteniendo que el derecho internacional les había dado a las víctimas y sus familiares el derecho de saber la verdad sobre el paradero de las víctimas y de exigir una investigación completa[41]. Por primera vez, una jueza, Estela Jubette, ordenó que el Ejecutivo llevara a cabo una investigación sobre este caso, basada en el artículo 4 de la Ley de Caducidad. Esta disposición fue ratificada en recurso de apelación y, el 19 de octubre de 2002, el juez Eduardo Cavalli acusó formalmente al exministro de Relaciones Exteriores, Juan Carlos Blanco, del secuestro y desaparición de Elena Quinteros según el argumento de Chargoñia de que la Ley de Caducidad no impedía que civiles (ni oficiales militares de alto rango) fueran procesados penalmente, y que la desaparición era un crimen en curso y, por lo tanto, la Ley de Caducidad no era aplicable. Blanco fue detenido, siendo la primera vez que alguien en Uruguay era arrestado y acusado por violaciones de los derechos humanos cometidas durante el régimen militar. En el 2001, los abogados trajeron la primera petición contra el exdictador Juan María Bordaberry, sosteniendo que la ley de amnistía solo provee de inmunidad a oficiales del Ejército y de la policía,

Rodríguez. Por ejemplo, la Comisión reportó que Simón Riquelo, el hijo de Sara Méndez, quien había sido secuestrado al mes de nacido cuando su madre fue detenida, estaba muerto; en marzo de 2002 se le identificó viviendo con sus padres adoptivos argentinos (el padre era un policía retirado). La Comisión repitió lo afirmado por el ejército de que todos los desaparecidos habían sido arrojados al mar y, por eso, no había restos que exhumar; sin embargo, en el 2005, se encontraron los restos de dos cuerpos después de que un nuevo presidente de izquierda ordenara las exhumaciones en una base militar. Entrevista al autor, Roger Rodríguez, Montevideo, 1 de junio de 2007. Entrevistas a familiares de los desaparecidos y sobrevivientes de la dictadura realizadas en mayo y junio del 2007 revelaron visiones dispares sobre la Comisión por la Paz.

40 Entrevista al autor, Pablo Chargoñia, Montevideo, 4 de junio de 2007.

41 *Ib.*

pero no a civiles o líderes militares que pudieran ser responsables por violaciones de los derechos humanos[42]. Un puñado de fiscales de Estado, entre quienes la más notable fue Mirta Guianze, acordó reabrir algunos de estos casos. Este activismo jurídico renovado, junto con la elección en el 2005 de Tabaré Vásquez del Frente Amplio, abrió nuevas posibilidades para los procesos.

Aunque Vásquez afirmó explícitamente en su campaña que no revocaría la Ley de Caducidad (supuestamente para evitar un conflicto con las fuerzas armadas y también por razones electorales), sí dijo que pondría en efecto la aplicación del artículo 4, el cual invocaba a una investigación completa sobre los desaparecidos, promesa que cumplió[43]. Por otro lado, en la práctica, si bien los abogados de derechos humanos llevaban casos ante el Poder Judicial, Vásquez aplicaba una interpretación de la Ley de Caducidad diferente a la de sus predecesores[44]. La Ley de Caducidad establece que cuando un caso que implica acusaciones de violaciones de los derechos humanos por parte de personal militar o policial se presenta ante el Poder Judicial, este debería derivarse al Ejecutivo, quien, a su vez, debe determinar si el proceso judicial debería o no continuar, ya que desde que se creó la ley, el Ejecutivo de rutina la usaba para poner fin a investigaciones judiciales. Por primera vez, Vásquez autorizó que se investigaran una serie de casos: los que implicaban a detenidos-desaparecidos, los que implicaban a niños, y los que ocurrieron fuera del territorio uruguayo. Asimismo, los tribunales determinaron que los civiles y los comandantes del Ejército o la policía no están contemplados en la ley de amnistía y que pueden ser procesados.

Unos cuantos fiscales han tratado fervientemente de avanzar en los casos, complementando el trabajo de abogados de derechos humanos

42 Entrevista realizada por el autor, Walter León (uno de los abogados en este caso), Montevideo, 5 de junio de 2007.

43 La investigación, llevada a cabo por un equipo interdisciplinario de investigadores, estuvo bajo la coordinación de Álvaro Rico de la Universidad de la República Oriental del Uruguay: *Investigación histórica sobre la dictadura y el terrorismo del Estado en el Uruguay (19783-1985)* (Universidad de la República Oriental del Uruguay/Comisión Sectorial de Investigación Científica, 2008).

44 Sin embargo, los críticos han señalado que el Frente Amplio tuvo suficientes votos en el Congreso para revocar la Ley de Caducidad pero omitió hacerlo. Como resultado, un amplio frente de grupos cívicos lanzó una campaña para anular la ley en un plebiscito, el cual se dio lugar en el 2009 junto con las elecciones presidenciales. La opción de anularlo perdió por un margen estrecho. Sin embargo, una semana antes del voto, la Corte Suprema —revertiendo su fallo de 1988— resolvió que la Ley de Caducidad era inconstitucional.

y activistas[45]. Como resultado, 25 casos se han seguido en las cortes en Uruguay entre el 2006 y el 2011. En el 2006, el expresidente Juan María Bordaberry, quien fuera elegido bajo cuestionables circunstancias en 1973 y luego suspendiera las instituciones democráticas y gobernara con el apoyo de las fuerzas armadas hasta que él mismo fue depuesto en 1976, fue arrestado por una serie de asesinatos políticos, incluyendo el asesinato de los legisladores de oposición Zelmar Michelini y Héctor Gutiérrez Ruiz en 1977 durante su exilio en Argentina. En el 2010, fue condenado y sentenciado a treinta años de prisión por violación del orden constitucional, y por dos asesinatos políticamente motivados y nueve desapariciones. Juan Carlos Blanco también fue encontrado culpable en el 2010 por ser coautor de varios asesinatos por motivos políticos. En el 2009, una corte uruguaya encontró a ocho altos miembros de las fuerzas armadas, incluyendo uno de los líderes de la dictadura militar, el general Gregorio Álvarez, culpables de 28 asesinatos por motivos políticos, y les impuso sentencias de prisión de entre veinte a veinticinco años. La sentencia contra Álvarez fue ratificada por recurso de apelación en el 2010. La sentencia contra Bordaberry no había sido aún confirmada antes de su muerte en julio de 2011.

A pesar de estos importantes progresos, la Ley de Caducidad continuó representando un obstáculo para la investigación y el procesamiento de cientos de otros casos. Los esfuerzos de la sociedad civil para que la ley se anulara a través de un segundo plebiscito en el 2009 fracasaron. Sin embargo, la semana anterior a la votación, la Corte Suprema, en un cambio total de su decisión de 1988, dictaminó que la Ley de Caducidad era inconstitucional[46]. Este fue un desarrollo drástico, pero su efecto fue silenciado ya que tales fallos solo aplican a casos específicos bajo revisión y, por lo tanto, no tenían un efecto más general.

Un fallo dictado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en marzo de 2011 cambió fundamentalmente la dinámica en Uruguay. En el 2006, Juan Gelman y su nieta Macarena llevaron su caso a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, sosteniendo que la Ley de Caducidad no permitía la investigación de los padres de Macarena ni la sanción de

45 Véanse los ensayos compilados por Gabriela Fried y Francesca Lessa, Eds., *Luchas contra la impunidad: Uruguay 1985-2011* (Montevideo: Trilce, 2011).

46 "Ley violó separación de poderes", *La República* (20 de octubre de 2009); "La justicia uruguaya declara inconstitucional la amnistía a la represión militar", *El País* (20 de octubre de 2009).

los responsables. Al final, el caso pasó a la Corte Interamericana, la cual dictaminó a favor de los Gelman siguiendo la jurisprudencia anterior donde las leyes de amnistía diseñadas para dar impunidad a los agentes del Estado, responsables por violaciones de los derechos humanos, violaban la Convención Americana de Derechos Humanos. La Corte determinó que la Ley de Caducidad era ilegal y ordenó que el Estado uruguayo garantizara que esta ya no impide la investigación judicial ni el proceso por violaciones de los derechos humanos. Si bien tomó meses de negociación, el Parlamento uruguayo aprobó una ley en octubre de 2011 que no solo anula la Ley de Caducidad sino que también establece que los crímenes cometidos durante la dictadura son crímenes de lesa humanidad y, por lo tanto, los plazos de prescripción de caducidad no son aplicables.

Mientras el presente trabajo va a prensa, los informes mediáticos sugieren que docenas, por no decir cientos, de denuncias se están presentando en los tribunales en Uruguay por crímenes que hasta ahora no pudieron ser procesados por causa de la Ley de Caducidad. Después de años de total impunidad, y varios años buscando formas de investigar y procesar violaciones de los derechos humanos burlando la Ley de Caducidad, Uruguay ha dado, así, un gran paso adelante en la lucha contra la antiimpunidad que, ciertamente, tendrá eco en toda la región. El rol que jugaron los actores de la sociedad civil y abogados, desafiando la Ley de Caducidad a través de tribunales nacionales e internacionales, fue fundamental para estos nuevos desarrollos, aunque sus esfuerzos puedan haber tenido menos éxito en un contexto político diferente. Como en casos anteriores, fue la confluencia de la acción de la sociedad civil, tanto en el frente político como en el legal, exigiendo el fin de la impunidad, la presencia de operadores legales receptivos en el Poder Judicial uruguayo, y un Gobierno de izquierda dispuesto a revisar el tema de la impunidad, lo que dio como resultado este marcado cambio en Uruguay.

4. Perú: una rendición de cuentas a medias

El 30 de diciembre de 2009, la Corte Suprema del Perú ratificó la culpabilidad del expresidente Alberto Fujimori y la sentencia por veinticinco años de prisión que se le impuso por su rol en varias violaciones graves de los derechos humanos[47]. El juicio a Fujimori y su veredicto

47 Sobre el juicio a Fujimori, véase J. Burt, "Guilty as Charged: The Trial of former Peruvian President Alberto Fujimori for Grave Violations of Human Rights", *International Journal of Transitional Justice* 3:3 (noviembre de 2009) pp. 384-405.

fueron aclamados por el derecho internacional y los expertos en derechos humanos como un proceso legal intachable que marca un hito en la lucha contra la impunidad en Perú y en todo el mundo. El juicio a Fujimori no solo sentó nuevos precedentes en la jurisprudencia de los derechos humanos, sino que también estableció que el Informe de la Comisión de la Verdad y Reconciliación en Perú (CVR) y que los documentos gubernamentales desclasificados pudieran usarse como evidencia, y sostuvo el argumento de que en casos complejos de derechos humanos como este, donde las órdenes directas y las evidencias pueden haber sido destruidas o pueden haber sido solamente verbales, la evidencia circunstancial puede ser suficiente para determinar la responsabilidad criminal. Si bien los jueces dependían del derecho peruano para procesar a Fujimori por crímenes de homicidio agravado, asalto y secuestro, observaron que estos crímenes fueron parte de un patrón generalizado de violaciones de los derechos humanos que constituían una política de Estado, y que en el derecho internacional estos se definen como crímenes de lesa humanidad. Aunque se pronosticó que el juicio a Fujimori haría más activa la lucha por la rendición de cuentas, esto se ha visto atenuado por la percepción de que en otros casos de derechos humanos la justicia está siendo difícil de alcanzar en Perú. Aun así, los importantes logros obtenidos a la fecha en Perú no pueden entenderse sin una referencia al importante papel jugado por miembros de la sociedad civil y sus dedicados esfuerzos para promover la rendición de cuentas por violaciones graves de los derechos humanos.

Durante el conflicto armado interno en Perú (1980-2000), las organizaciones de derechos humanos, sobrevivientes y familiares de las víctimas presionaron incansablemente y, a menudo, a un alto costo en favor de los procesos penales para los violadores de derechos humanos. Ellos documentaron abusos a los derechos humanos, presentaron recursos de *habeas corpus*, litigaron en casos de derechos humanos y defendieron a las víctimas, pero la norma fue la impunidad por las violaciones cometidas por agentes del Estado[48]. Mientras que muchos casos fueron llevados a los tribunales durante los años ochenta e inicios de los noventa, el sistema de justicia militar interpondría contiendas de competencia jurisdiccional, las cuales fueron aceptadas casi universalmente por la Corte Suprema; el

48 Según la Comisión de la Verdad y Reconciliación de Perú, el movimiento insurgente Sendero Luminoso fue responsable del mayor porcentaje de muertes por violencia (54%), mientras que el 34% del total de muertes fue responsabilidad de las fuerzas de seguridad del Estado.

resultado fue la impunidad ante los abusos contra los derechos humanos amparados por el Estado. En 1995, se aprobaron dos leyes de amnistía que institucionalizaban la impunidad para los abusos a los derechos humanos en Perú.

Con el colapso del régimen autoritario de Alberto Fujimori (1990-2000), la comunidad de los derechos humanos presionó al Gobierno interino de Valentín Paniagua (2000-2001) para que una comisión de la verdad investigara las violaciones de derechos humanos cometidas durante los ochenta y los noventa. Paniagua creó la Comisión de la Verdad de Perú en junio de 2001, y el organismo fue ratificado por el nuevo presidente electo, Alejandro Toledo (2001-2006), quien le cambió el nombre a Comisión de la Verdad y Reconciliación (CVR) de Perú. El movimiento de derechos humanos en Perú jugó un importante papel presionando para que hubiera una comisión de la verdad que adoptara una visión integral de la justicia transicional, es decir, que no investigara simplemente los horrores del pasado, sino que también tratara de identificar a los responsables, les pidiera cuentas por sus crímenes y propusiera también reparaciones individuales y colectivas para las víctimas y sus familiares. Cuando la CVR presentó su *Informe Final* en el 2003, también se entregaron 47 casos al Ministerio Público para que se procesaran penalmente[49]. La mayoría de estos casos incluían a miembros de las fuerzas de seguridad del Gobierno, ya que la mayoría de los crímenes cometidos por Sendero Luminoso ya habían sido procesados, y los responsables, incluyendo a los principales líderes de la organización, estaban presos o los habían matado[50].

Sin embargo, incluso antes de la que la comisión fuera creada, los esfuerzos de la comunidad de derechos humanos para promover una agenda de rendición de cuentas habían establecido fundamentalmente el tono de este proceso. Frente a los obstáculos a la justicia en Perú, las

49 Javier Ciurlizza y Eduardo González, “Verdad y justicia desde la óptica de la Comisión de la Verdad y Reconciliación”, en *El legado de la verdad. La justicia penal en la transición peruana*, Lisa Magarrell y Leonardo Filippini, Eds., (Lima: Centro Internacional para la Justicia Transicional/IDEHPUCP, 2006).

50 Luego de que la Corte Interamericana dictaminara que los tribunales militares habían violado los derechos de un debido proceso, cientos de sospechosos de terrorismo, incluyendo a Abimael Guzmán, fueron llevados en seguida a otro juicio. Véase Luis E. Francia Sánchez, “Los procesos penales contra las organizaciones terroristas”, en *El legado de la verdad. Lajusticia penal en la transición peruana*, Lisa Magarrell y Leonardo Filippini, Eds., (Lima: Centro Internacional para la Justicia Transicional/ IDEHPUCP, 2006).

organizaciones de derechos humanos empezaron a llevar casos clave al sistema interamericano de derechos humanos. Docenas de casos llegaron a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y en muchos de ellos la Corte declaró al Estado peruano responsable y ordenó que se hicieran investigaciones en lo penal. En marzo de 2001, se marcó un hito cuando la Corte Interamericana emitió su fallo en el caso *Barrios Altos*. La Corte declaró responsable al Estado peruano por la masacre de 1991, en la cual quince ciudadanos peruanos, incluyendo a un menor de ocho años, fueron asesinados por un escuadrón de la muerte patrocinado por el Estado y otros cuatro fueron gravemente heridos, y ordenó que el Estado peruano investigara y castigara a los responsables, y otorgara reparaciones para los sobrevivientes y familiares de las víctimas. La Corte también estableció que las leyes de amnistía aprobadas por el Congreso pro-Fujimori en 1995 violaban las obligaciones del Perú bajo la Convención Americana de Derechos Humanos y declaró que la ley carecía de efecto legal[51]. Esta decisión se ha mantenido en varios procedimientos jurídicos en Perú, incluso en la sentencia que dio el Tribunal Constitucional peruano que ha hecho que los procesos penales por violaciones de los derechos humanos sean posibles.

Entre el 2004 y el 2005, se estableció un sistema penal especial para procesar los casos de derechos humanos, tal como lo recomendara la CVR. Los activistas de derechos humanos acogieron esto como un avance positivo porque su objetivo era garantizar la especialización de fiscales y jueces en los casos de derechos humanos, al mismo tiempo que su dedicación exclusiva a los casos de derechos humanos, lo cual garantizaría la celeridad en el proceso. Si bien hay signos de progreso, hay también varias tendencias preocupantes, sobretodo en años recientes, que plantean dificultades para la lucha por un sistema de rendición de cuentas en Perú.

La primera sentencia se dictaminó en el 2006 y fue sobre el caso de la desaparición forzada del estudiante universitario Ernesto Castillo

51 Corte Interamericana de Derechos Humanos, El caso *Barrios Altos*, juicio del 14 de marzo de 2001, Ser. C, n.° 83, par. 1. Las ONG peruanas de derechos humanos, representadas por la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, litigó en este caso ante la Corte Interamericana y específicamente solicitó que la Corte hiciera recomendaciones específicas, además de la investigación y sanción de los responsables por la masacre de Barrios Altos, para desmantelar los mecanismos que habían garantizado la impunidad en el Perú. Como respuesta, la Corte dictaminó que la ley de amnistía viola las obligaciones del Estado peruano y la declaró sin efecto legal. Comunicación personal de Ronald Gamarra, uno de los abogados que participaron en este caso, Lima, mayo de 2008. En una sentencia dada a continuación, la Corte sostuvo que este fallo es válido en toda la región; Corte Interamericana, caso *Barrios Altos*, juicio del 3 de septiembre de 2001, Ser. C, n.° 83, par. 18.

Páez. Cuatro oficiales de policía fueron condenados hasta a dieciséis años de prisión por este crimen y por primera vez los tribunales peruanos definieron la desaparición forzada como crimen de lesa humanidad. Se emitieron otras condenas entre el 2006 y el 2008 en casos emblemáticos, incluyendo la desaparición de las autoridades comunales en Chuschi y la desaparición del periodista Hugo Bustíos. En el 2008, el exjefe del Servicio de Inteligencia Nacional (SIN), Julio Salazar Monroe, fue condenado por participar en 1992 en la desaparición y matanza de nueve estudiantes y un profesor de la Universidad de La Cantuta. Fujimori fue condenado al siguiente año por su participación en este y otros casos de violaciones de derechos humanos, incluyendo la masacre en Barrios Altos.

Sin embargo, el entusiasmo en los procesos de derechos humanos en Perú estuvo opacado por la realidad cada vez mayor de los serios problemas existentes en el proceso de justicia penal en Perú, incluyendo: el ritmo lento de las investigaciones en el Ministerio Público, la débil formulación en las acusaciones y la recolección de evidencia por parte de los fiscales del Estado, las negativas persistentes del Gobierno y de los oficiales del Ejército a proveer acceso a información necesaria para identificar a los supuestos responsables e ir adelante con las investigaciones penales, y la aplicación de conceptos jurídicos cuestionables que han conspirado para menoscabar el éxito temprano de la lucha del Perú para pedirles cuentas a los culpables por violaciones de los derechos humanos. Este escenario se ha complicado más por el ambiente político hostil en cuanto a los procesos por derechos humanos bajo el segundo Gobierno de Alan García (2006-2011).

Los funcionarios del Ministerio Público registran aproximadamente 1700 denuncias por violaciones de los derechos humanos que están bajo investigación[52]. Menos del 2% de los casos han sido sentenciados (28) y, de estos, un gran número son absoluciones. Solo un 4% de los casos se encuentran en etapas avanzadas del proceso judicial (por ejemplo, tienen acusaciones formales y están en el proceso de investigación judicial antes de fijar la fecha de un juicio público, o bien están siendo procesados en la actualidad). Aproximadamente, el 45% de los casos se han cerrado por falta de evidencia suficiente o por no poder identificar a los responsables. (Durante el conflicto armado interno de Perú, los soldados a menudo usaban seudónimos para proteger sus identidades, y los funcionarios

---

52 Jo-Marie Burt y Carlos Rivera, *El proceso de justicia frente a crímenes contra los derechos humanos* (Instituto de Defensa Legal, próxima publicación).

del Ministerio de Defensa han rechazado categóricamente proporcionar información como datos personales del personal del ministerio para ayudar a los fiscales a que identifiquen a los culpables). Casi la mitad de todos los casos permanecen bajo investigación en el Ministerio Público. No obstante el gran número de casos, el subsistema especial —creado para investigar y adjudicar casos de derechos humanos— se ha visto en la necesidad de ampliar su mandato para incluir casos de tráfico de drogas, lavado de dinero, secuestros y otros crímenes, diluyendo la eficacia del subsistema especializado y generando demoras importantes en el proceso judicial en todos los niveles. Finalmente, si bien el Tribunal Constitucional peruano ha determinado que los tribunales peruanos deberían tomar en cuenta el derecho internacional en los juicios de casos por derechos humanos, y los jueces lo han usado para sustentar veredictos que condenan en varios casos a los responsables de crímenes de derechos humanos, los jueces han ignorado estos precedentes en una cantidad de casos recientes o los han revisado en tal forma que resultan en la absolución de los supuestos responsables. Una breve comparación podría ser de utilidad para poner esto en perspectiva: en el 2010, en Argentina, 110 acusados fueron condenados por violaciones de los derechos humanos y 9 fueron absueltos; en el mismo año en Perú, 21 fueron condenados y 27 fueron absueltos[53].

Estas tendencias no son hechos aislados; son hechos ocurridos en el contexto de la interferencia política en el proceso de judicialización durante el Gobierno de García y que parecen diseñados para detener la lucha por una rendición de cuentas en Perú. Poco después de la toma de mando de García en el 2006, el Estado anunció que proporcionaría una defensa legal a todos los agentes de Estado acusados de violaciones de los derechos humanos, aun cuando muchas víctimas no tenían una representación legal ni tampoco las medidas adecuadas de protección para los testigos. Los ministros de Defensa sucesivos han hecho acusaciones genéricas diciendo que estos juicios constituyen una "persecución política" de las fuerzas armadas y atacan de costumbre a las

53 Las estadísticas para Argentina provienen del Centro de Estudios Legales (CELS), 24 de marzo de 2011. En el caso de Perú, se condenó a 19 de los 21 que habían sido condenados en el 2010 en el mismo proceso legal para los casos acumulados de la masacre de Barrios Altos y las desapariciones de nueve líderes campesinos de El Santa y el periodista Pedro Yauri. Solo dos agentes de Estado fueron condenados por el tribunal de derechos humanos, la Sala Penal Nacional, en el 2010. Datos de la investigación hecha por la autora sobre procesos de derechos humanos realizados en Perú; para los resultados del proyecto de investigación véase www.rightsperu.net.

organizaciones de derechos humanos en la prensa. Además, se han hecho repetidas gestiones para aprobar leyes de amnistía que acabarían con los procesos de derechos humanos. En el 2008, una destacada congresista del APRA propuso una ley que otorgaría una amnistía general a oficiales del Ejército y de la policía acusados por violaciones de los derechos humanos, pero la iniciativa no prosperó. En septiembre de 2010, el presidente García aprobó el Decreto Ley 1097, que los críticos calificaron como una ley de amnistía disfrazada, diseñada para detener los procesos de derechos humanos. La indignación nacional e internacional forzó a García a revocar dicho decreto ley, pero aún se oyen en los pasillos del Congreso los pedidos para que haya una amnistía general. Fiscales y jueces han revelado, en privado, que han sido sujetos a diferentes formas de presión política por los sectores de las fuerzas armadas deseosos de ver la extinción de los juicios penales por violaciones de los derechos humanos. Durante el Gobierno de Alan García, el presidente, vicepresidente y exoficial de la Marina Luis Giampietri, y los sucesivos ministros de Defensa han acusado a las organizaciones de derechos humanos y fiscales de Estado de “persecución” a las fuerzas armadas. Efectivamente, aun con el importante progreso logrado por agentes que se pronuncian a favor de la responsabilidad, el espacio político reducido para la lucha por un sistema de rendición de cuentas bajo el Gobierno de García ha presentado un reto fundamental para dicha lucha en el Perú.

En julio de 2011, el presidente Ollanta Humala tomó el mando como primer mandatario del Perú. Humala, exoficial militar que en el 2006 fue acusado para rendir cuentas por violaciones de los derechos humanos cometidos cuando era comandante en Madre Mía. Su caso se cerró después de que dos testigos se retractaron en sus declaraciones. No obstante la preocupación por los antecedentes de Humala, los observadores de derechos humanos indican que él fue el único candidato presidencial que apoyó la agenda post-CVR en favor de la verdad, la justicia y las reparaciones, y hace poco declaró que su Gobierno no apoyaría una ley de amnistía para los violadores de derechos humanos. Sin embargo, los problemas dentro del Ministerio Público y el Poder Judicial, aquí indicados, permanecen sin resolver y es probable que sin reformas sustanciales algunos casos no irán a juicio y muchos de ellos pueden terminar en absoluciones. De esta manera, y a pesar de los importantes avances, permanece una considerable impunidad en Perú y cada vez hay más preocupación de que el progreso alcanzado hasta la fecha dé un giro en reversa.

5. Conclusión: lecciones a partir del experimento latinoamericano con la rendición de cuentas

Este repaso de los recientes esfuerzos por establecer un sistema de rendición de cuentas en América Latina resalta el rol fundamental de los grupos de la sociedad civil, en particular las organizaciones de derechos humanos y agrupaciones de sobrevivientes y sus familiares, de alcanzar la verdad y la justicia en la región. Sin embargo, los casos aquí examinados también sugieren que estos esfuerzos operan en un contexto político más amplio que debe ser también examinado. Dicho de otro modo, hay una dinámica compleja entre miembros del Estado y de la sociedad civil que contribuye a la expansión o contracción de oportunidades para los procesos internos de derechos humanos en la región. Cada caso sugiere que aun cuando hay una reforma judicial sustancial, la agenda para un sistema de rendición de cuentas es vulnerable a los cambios en el medio político. Al mismo tiempo, los casos que hemos examinado en este trabajo destacan la forma en la que los promotores de la sociedad civil que abogan por la rendición de cuentas responden a las contracciones en los medios nacionales sobre los procesos de derechos humanos saliendo de las fronteras nación-Estado hacia tribunales y escenarios internacionales donde pueden presionar con sus reclamos y buscar una compensación en nombre de las víctimas.

Los procesos que han tenido lugar o que están en curso en Argentina, Chile, Uruguay y Perú representan la promesa de juicios penales en casos de violaciones graves de los derechos humanos. Ellos afirman los principios centrales de un régimen democrático: igualdad ante la ley, restauración del derecho de Estado por medio del castigo aplicado a los responsables de violaciones de derechos —particularmente en instancias de represión por parte del Estado o terror, ya que simboliza el desmantelamiento de las estructuras represivas que se beneficiaron del poder del Estado—, reparaciones a las víctimas, y en algunos casos, información adicional sobre el paradero de las víctimas. Oír el testimonio de los sobrevivientes, familiares de víctimas y otros testigos de los horrores del pasado tiene, también, un valor educativo para la sociedad. En muchas formas, estos juicios están contribuyendo a reescribir la historia del pasado reciente en América Latina para incorporar de manera más completa la voz de aquellos que fueron silenciados por los años de poder militar y Gobierno autoritario.

No obstante, el panorama está lejos de ser perfecto. Los juicios penales en casos de violaciones graves de los derechos humanos son lentos

por naturaleza. En Argentina, un cálculo estimado sugiere que con el ritmo actual harían falta cien años para que concluyan los juicios vigentes aún en proceso. En Perú, como ya hemos visto, las cosas se mueven a un paso más lento aún, lo cual amenaza socavar la credibilidad misma del proceso. Además, los procesos legales están sujetos a todo tipo de manipulaciones: los acusados a menudo maniobran el proceso legal con éxito para evitar que se les procese, o para demorar los procedimientos. Los fiscales son (tal vez por necesidad) selectivos sobre cuáles procesos juzgar y cuáles se deben olvidar. Los casos de derechos humanos son, por definición, casos complejos, ya que implican crímenes que a menudo se llevaron a cabo en forma reservada y muchos años atrás. Los testigos mueren o, como en el caso de Julio López en Argentina, son objeto de represalias por declarar en los juicios. Y, como ya hemos señalado, está claramente demostrado que los esfuerzos para que se realicen los procesos son vulnerables a los cambios que se dan en el contexto político. Hay, asimismo, tensiones dentro de las organizaciones de derechos humanos sobre si los procesos son de primera prioridad, dadas las otras necesidades apremiantes, o si esta sea un pedido por la verdad a través de la exhumación, como es evidente en Argentina y Perú, o formas actuales de violencia y de crimen organizado, como es el caso en América Central.

Además, si son sostenibles o no estos procesos es una cuestión que permanece como una pregunta abierta. En algunos casos, como en Argentina, hay muy poco apoyo público manifiesto para los oficiales del Ejército y la policía que están siendo juzgados; en efecto, como lo ha observado Gastón Chillier de CELS, nadie, virtualmente, impugna la validez de los juicios de derechos humanos en Argentina[54]. Este no es el caso para otros países, como Perú, donde las alianzas de poder se han fortalecido para reducir el alcance de los procesos por derechos humanos. En teoría, los juicios defienden ideales democráticos que son centrales para el Estado de derecho, incluyendo la igualdad ante la ley y el deber del Estado para pedir cuentas a aquellos que han cometido crímenes al margen de algún privilegio o posición. Pero ¿cómo es que el público en general entiende los juicios? ¿Cómo habla la gente sobre juicios, justicia penal, y otros temas relacionados con la lucha política existente? ¿Cómo evaluamos la relación entre juicios por violaciones de los derechos humanos y los temas generales de apoyo público, apatía pública, así como el apoyo político organizado o la resistencia a tales juicios?

54 Chillier, *Ib*.

En la última década, han ocurrido cambios sorprendentes en América Latina a favor de un sistema de rendición de cuentas. Pero los progresos logrados no son seguros, y en todas partes en la región, la impunidad está como consigna. Si bien el progreso visto hasta la fecha debe celebrarse, este solo se opacaría por la realidad constante de una impunidad que continúa caracterizando a una gran parte de la región.

PARTE III
EL DERECHO A LA VERDAD Y EL PAPEL DE LA MEMORIA



¿HACIA DÓNDE VAN LAS COMISIONES DE LA VERDAD?

Eduardo González Cueva

Tres décadas luego del trabajo de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (CONADEP), en la Argentina[1], parece evidente que las comisiones de la verdad, aunque surgieron como una respuesta *ad hoc* a situaciones de transición, son vistas crecientemente como un nuevo instrumento de justicia. Su validez es independiente de momentos de transición política, y no es ni un reemplazo, ni una alternativa a la justicia penal.

Se siguen creando comisiones luego de largos períodos de autoritarismo y conflicto armado, pero también se establecen al cabo de disturbios políticos breves e intensos que no han resultado en el cambio de un régimen, o para examinar la conducta de instituciones que han cometido abusos bajo Gobiernos democráticos y en situaciones de paz.

Al mismo tiempo, aunque las comisiones de la verdad siguen teniendo una gran plasticidad para adaptarse a situaciones muy específicas en cada país, hay un proceso de sistematización de buenas prácticas e identificación de estándares legales aplicables a su funcionamiento. Esta estandarización tiene la ventaja de poner coto al establecimiento de comisiones inauténticas, creadas para disimular la falta de voluntad política de llevar a cabo acciones judiciales. A la vez, sin embargo, la estandarización conlleva el riesgo de limitar la creatividad o imponer fórmulas generales que pueden ser inadecuadas a cada situación específica.

Este ensayo examina cómo surgieron las comisiones de la verdad en un proceso que combinaba creatividad y pragmatismo; describe la

1 República Argentina - Presidencia de la República. Decreto 187 del 15 de diciembre de 1983: "Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas - Constitución - Integración y Funciones".

evolución de estándares internacionales asociados a su práctica y —por último— propone una hipótesis sobre su futuro desarrollo.

1. Los inicios: entre las prioridades políticas y las exigencias legales

Las transiciones políticas vividas en América Latina durante la década de los ochenta tuvieron como factor común la conciencia de los grupos democráticos de que, una vez producido el retorno de los militares a los cuarteles, estos seguirían conservando una importante cuota de poder político, en algunos casos consagrada en el nuevo orden constitucional. Al mismo tiempo, las transiciones de los ochenta fueron impulsadas por una importante novedad: el surgimiento de un movimiento social favorable a los derechos humanos, y su creciente relevancia en el discurso y en la legitimidad de los opositores a las dictaduras militares.

Como resultado, los sectores políticos democráticos, al tomar la posta del Gobierno, sabían que su legitimidad dependía, en parte, de un efectivo compromiso con los derechos humanos. No buscar la justicia frente a los crímenes cometidos por las dictaduras, causaría un serio rechazo ciudadano. Sin embargo, era también evidente que buscar justicia plena contra los perpetradores crearía serias tensiones con los aún poderosos sectores militares. El filósofo Carlos Nino, asesor del presidente argentino Raúl Alfonsín, explica la necesidad de encontrar una ruta segura entre ambos riesgos, puesto que ni la victoria opositora había sido aplastante, ni la corporación militar estaba tan debilitada:

> A diferencia de Alemania o Japón luego de la Segunda Guerra Mundial, en Argentina no había un ejército invasor o una fuerza armada doméstica que apoyara los juicios. Y, a diferencia de Grecia, donde algunas facciones entre los militares no se oponían a los juicios, en la Argentina, el ejército estaba unido en su rechazo a los mismos[2].

Al mismo tiempo que hacían esta evaluación táctica, los regímenes civiles tenían la convicción de que la justicia penal era un instrumento insuficiente, o bien extremadamente limitado en las condiciones concretas de sus respectivos países. A diferencia de transiciones en

2 Nino, Carlos. “Response: The Duty to Punish Past Abuses of Human Rights Put Into Context: The Case of Argentina”. En Kritz, Neil (ed.). *Transitional Justice. How Emerging Democracies Reckon with Former* Regimes, p. 421.

países destruidos por la guerra, Argentina y Chile tenían un aparato judicial que había sobrevivido a las dictaduras, pero parecía obvio que no ofrecían una opción realista de justicia. Se trataba de enfrentar juicios masivos involucrando a toda la cadena de comando de instituciones complejas, con todas las garantías apropiadas de debido proceso: los sistemas judiciales nacionales no estaban a la altura de esa exigencia y la posibilidad de tribunales internacionales simplemente no existía en los años ochenta.

El decreto de creación de la Comisión de la Verdad y Reconciliación en Chile (la primera en llevar el nombre) era explícito al respecto de la indisponibilidad inmediata de la función judicial: "(…) el juzgamiento de cada caso particular, para establecer los delitos que puedan haberse cometido, individualizar a los culpables y aplicar las sanciones que correspondan" no se ponía en cuestión, pero se anotaba que "el ejercicio de las acciones judiciales para dichos efectos, no permite esperar que el país pueda lograr una apreciación global sobre lo ocurrido en un plazo más o menos breve"[3].

Dicha demora conspiraría contra la reconciliación nacional, presumiblemente porque no permitiría que la verdad se hiciera pública en mucho tiempo y mantendría al país involucrado en un largo proceso judicial sin final previsible.

Los Gobiernos civiles, entonces, que habían llegado al poder en medio de una crisis de legitimidad de las dictaduras militares, difícilmente podrían arriesgar la propia cohonestando las atrocidades cometidas por los represores. Sin embargo, al mismo tiempo, constataban que los procesos judiciales no constituían una respuesta perfecta y creían que podrían ser peligrosos.

Vale la pena recordar que las transiciones latinoamericanas de los años ochenta ocurrieron bajo el impacto intelectual y político de la transición española de fines de los años setenta. El modelo español de una transición pactada, que aislaba del escenario político cualquier demanda de justicia, era la única referencia comparativa disponible para los demócratas civiles que navegaban las transiciones. Entre un modelo que guardaba silencio ante el tema de la justicia y las demandas de la sociedad civil, los líderes civiles tenían que encontrar un camino propio.

3 Poder Ejecutivo de la República de Chile: Decreto Supremo 355 de 1990. "Crea Comisión de Verdad y Reconciliación".

La comisión surgida en 1991 en El Salvador fue también una respuesta que combinaba pragmatismo político y la constatación de que los sistemas judiciales serían insuficientes para actuar. En efecto, las partes en conflicto decidieron no enfrentar directamente en sus negociaciones la cuestión de la justicia transicional, pero crearon la Comisión de la Verdad como instrumento para canalizar lo que sí consideraban posible: establecer los hechos acerca de las acusaciones mutuas que se habían lanzado durante la guerra.

La Comisión de la Verdad salvadoreña, como en Chile, se propuso como un instrumento para establecer los hechos sin prejuicio de las obligaciones legales del Estado, pero con la celeridad que las cortes de justicia serían incapaces de lograr[4].

Las comisiones de la verdad surgieron, entonces, como parte de una respuesta creativa a demandas sustantivas de justicia que no podrían ser satisfechas con los procedimientos normales de los sistemas judiciales. En ese primer momento, los elementos esenciales de estas nuevas instituciones eran:

- Una justificación pragmática: las comisiones no negaban el derecho de las víctimas a obtener un remedio efectivo, pero asumían tácitamente que las instituciones judiciales serían incapaces de proveer tal remedio. El acceso a la verdad parece conceptualizarse, en estas primeras experiencias, como un subproducto del proceso judicial que puede obtenerse en otras formas, menos complejas y más expeditivas que un juicio.

- Un mandato y poderes reducidos: las comisiones iniciales se enfocan en aquellos hechos que sus creadores, interpretando la opinión pública, consideraban más urgentes o bien más factibles de ser efectivamente investigados. La comisión argentina se enfocó únicamente en la desaparición forzada, y la comisión chilena de 1990, en aquellas violaciones que culminaron en la muerte de la víctima. La comisión salvadoreña recibió el mandato de trabajar solo por seis meses, pese a la magnitud del conflicto.

- Falta de atención a la participación de la sociedad en la investigación: las comisiones se crearon como grupos

4 El Salvador - Acuerdos de Paz de México, 27 de abril de 1991. Provisiones referidas al establecimiento de una comisión de la verdad.

> especializados, a los que se confiaba el descubrimiento de los hechos para luego diseminarlos a través de informes escritos. Ni los mandatos ni la práctica de las primeras comisiones latinoamericanas evidencian un interés específico en crear alianzas o formas de comunicación entre los comisionados y la sociedad civil. El trabajo de estas primeras comisiones se condujo en privado.

Vale la pena indicar que las iniciales comisiones latinoamericanas pueden verse como una adaptación o un descubrimiento casual de una institución ya existente en la tradición política y legal anglosajona: las comisiones de investigación *(commissions of inquiry)* con mandato parlamentario. En efecto, el Reino Unido y los países que comparten su sistema legal y de gobierno han conocido por mucho tiempo la institución de una comisión que no tiene un carácter judicial, pero que se pone bajo la dirección de un destacado jurista y a la que se otorgan poderes de investigación similares a los de un juez instructor o un fiscal.

No parece ser que los latinoamericanos hayan “importado” el modelo británico, pero no deja de ser interesante que su aplicación de un instrumento similar, en un contexto de postconflicto, haya tenido una visibilidad tan saltante y haya inspirado a gestores de política en escenarios regionales muy diversos. Tal coincidencia, además puede tener consecuencias importantes al discutir si la existencia de tal práctica nacional sustenta la emergencia de un derecho a la verdad.

2. Un salto cualitativo: Guatemala y Sudáfrica

Los modelos iniciales de comisiones sufrieron un salto de calidad significativo con la creación de dos comisiones a mediados de los años noventa: la Comisión de Esclarecimiento Histórico (CEH) en Guatemala, y la Comisión de la Verdad y Reconciliación de Sudáfrica.

Ambas representan un cambio cualitativo porque —además de expandir en profundidad y cobertura el mandato y los poderes de las comisiones— proponen explícitamente que la búsqueda de la verdad tiene un valor independiente al del proceso judicial, indicando que es posible imaginar un concepto de justicia más amplio que aquel meramente enfocado en la acción judicial.

La CEH se estableció en los acuerdos de paz de Oslo entre el Gobierno de Guatemala y la oposición armada agrupada en la Unidad

Revolucionaria Nacional Guatemalteca (URNG). En el acuerdo específico que crea la comisión, se plantea que el pueblo de Guatemala tiene "derecho a conocer la verdad" sobre las más graves violaciones de los derechos humanos, una formulación que había estado ausente de los mandatos de las comisiones anteriores[5].

Al mismo tiempo, la CEH se planteó como una institución que no indicaría las responsabilidades de ningún individuo, y cuyo informe no tendría consecuencias judiciales. Al explicitar su carácter no penal, el mandato de la CEH solo repite lo que ya era claro en antiguas comisiones, pero al mismo tiempo enfatiza que el nuevo mecanismo corre por cuerdas separadas al judicial, en forma paralela, no invasiva, pero independiente.

La CEH, aunque encabezada por un jurista, el alemán Christian Tomuschat, desarrolló su tarea con un enfoque multidisciplinario que combinaba la determinación jurídica de los hechos y la valoración de la experiencia de las víctimas, en particular de las comunidades indígenas. Esta metodología adentró a las comisiones en un terreno para el que están especialmente calificadas, a diferencia de las cortes de justicia, que típicamente se enfocan meramente en la determinación de los hechos probados.

La CVR sudafricana afirma también —si no en su mandato, sí en su informe final— el valor fundamental de la verdad independientemente de los procesos judiciales, como construcción social con potencial curativo, tanto a nivel de las víctimas individuales como a nivel societal. La CVR sudafricana es sumamente "autoconsciente" y hace explícito su marco epistemológico, enriqueciendo el concepto de "verdad" que —hasta entonces— había sido reducido a la descripción factual de los acontecimientos[6].

La CVR sudafricana, surgida de un pacto político comprehensivo, tenía la función de administrar un mecanismo de amnistías condicionales: un organismo especializado de la comisión recibía pedidos individuales de amnistía de personas condenadas, investigadas o pasibles de ser investigadas por haber cometido delitos graves durante el conflicto. Ninguna comisión previa había tenido esta función. Las condiciones de la amnistía eran sumamente onerosas y cerciorarse de su cumplimiento

5 Guatemala - Acuerdo de Paz de Oslo, 23 de junio de 1994. "Establecimiento de una comisión para la clarificación de violaciones de los derechos humanos y de actos de violencia que han causado el sufrimiento del pueblo de Guatemala".

6 Truth and Reconciliation Commission of South Africa. *Final Report*, vol. I, cap. 5, 1998.

exigía un sofisticado manejo jurídico: el postulante debía informar toda la verdad sobre los hechos, probar que su delito había tenido motivación política y que su crimen había guardado proporcionalidad con el objetivo que intentaba alcanzar. El proceso de administración del mecanismo de amnistías resultó ser complejo e inconsistente. Sus dificultades explican tal vez por qué ninguna comisión posterior ha tratado de incluir un mecanismo similar.

La CVR sudafricana condujo buena parte de sus actividades en audiencias abiertas al público. Es posible que la decisión de llevar adelante audiencias públicas fuese el resultado de la experiencia previa con comisiones investigadoras cuasi judiciales, propias de la tradición legal anglosajona. Es también posible que fuese el resultado inesperado de la presión de las víctimas que buscaban ejercer su derecho a objetar los procedimientos de amnistía para perpetradores de crímenes gravísimos. Como fuera, el hecho es que la CVR sudafricana inauguró una forma de investigar la verdad conducida en público, que hubiera parecido inesperada o extremadamente audaz en comisiones previas.

Otra innovación importante es que el mandato sudafricano tiene la validez de una ley aprobada por el parlamento —a diferencia de las anteriores comisiones, establecidas por decretos del Ejecutivo— y la autoridad de haber sido incluida en cláusulas especiales de la Constitución. La creación legislativa resulta en la otorgación de poderes especiales, como el poder de citación de grado o fuerza, que no podrían ser otorgados por el Poder Ejecutivo a través de un decreto.

Ambas comisiones, la guatemalteca y la sudafricana, expandieron el mandato de comisiones previas en una forma muy amplia. Pese a que el texto del acuerdo de paz que funda la CEH es sucinto, su formulación permitía una muy amplia interpretación, pues se enfocaba en todos los hechos que hubieran “causado sufrimiento” a la población. Por otro lado, la comisión sudafricana, contaba con un mandato legal muy detallado, que incluía distintos tipos de crímenes en su objeto de investigación.

La visibilidad de ambas comisiones, pero particularmente la de la CVR sudafricana, y una percepción de éxito en el tratamiento de un dilema difícil de resolver, llevó en los años siguientes a la expansión de la práctica. En la década transcurrida desde el cierre de las operaciones principales de la CVR sudafricana, en 1998 se crearon veinte comisiones: muchas con el nombre “comisión de la verdad y reconciliación”, muchas auspiciadas por organismos internacionales, como la ONU.

3. La identificación de buenas prácticas y estándares

La multiplicación de nuevas comisiones conllevó una urgente creación de capacidades técnicas en los organismos internacionales encargados de la promoción y construcción de la paz, el Estado de derecho y los derechos humanos. El campo de la "justicia transicional" emerge en este período como un esfuerzo de sistematizar críticamente las lecciones aprendidas en diversos países y desarrollar estándares mínimos, consistentes con los principios del derecho internacional.

Algunos ejemplos de esta carrera hacia el desarrollo de estándares son la articulación de principios en las instituciones internacionales, y la emergencia de jurisprudencia en los sistemas judiciales nacionales.

En el 2004, el secretario general de la ONU emite un informe sobre justicia transicional del que se desprenden lineamientos para la actuación de sus representantes especiales y de mediadores de la organización. En el informe se incluyen recomendaciones específicas sobre la creación de comisiones de la verdad: estas deben apoyarse en el mayor consenso político posible, en la consulta inclusiva de diversos sectores sociales y en la consistencia con otras tareas de la justicia, como la justicia penal, las reparaciones y las reformas institucionales para prevenir la recurrencia de la violencia[7].

Al mismo tiempo, se sistematizan los principios fundamentales para la lucha contra la impunidad, primero por el experto independiente Louis Joinet[8] en 1997, y luego por la experta independiente Diane Orentlicher[9] en el 2005. El esfuerzo de Joinet se construyó analizando la aún tentativa experiencia sobre justicia transicional existente hasta mediados de los años noventa, con un enfoque informado por la experiencia latinoamericana, y llamaba a las comisiones de la verdad "comisiones extrajudiciales de investigación". Es significativo que menos de una década después, merced a la multiplicación de experiencias,

7 ONU - Secretario General. "El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos". Informe del Secretario General, 3 de agosto de 2004.

8 ONU - Comisión de Derechos Humanos. "La cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (civiles y políticos)". Informe final elaborado por Louis Joinet, 1997.

9 ONU - Comisión de Derechos Humanos. "Conjunto de principios actualizados para la lucha contra la impunidad". Informe de la experta independiente Diane Orentlicher a la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, 2005.

la ONU decidiera que los principios requerían una actualización. Es también interesante anotar que el término utilizado en la actualización de los principios es el de "comisiones de la verdad".

En seguimiento de estas iniciativas, la Alta Comisionada de Derechos Humanos aprueba una serie de "herramientas", o lineamientos prácticos, para la aplicación del Estado de derecho en Estados postconflicto, entre las cuales aparece, en el 2006, una sobre "comisiones de la verdad", escrita por la experta Priscilla Hayner y el Centro Internacional por la Justicia Transicional[10].

De este esfuerzo normativo y análisis de buenas prácticas se desprenden una serie de elementos que han generado una especie de "canon" de las comisiones de la verdad. Entre los principios y lecciones aprendidas se encuentran:

- La integralidad de las medidas de justicia transicional y su consistencia entre sí. Pese a que la experiencia sudafricana animó un discurso de "justicia restaurativa" que algunos creían haría secundaria la lucha contra la impunidad y la justicia penal, los estándares internacionales no plantean que el elemento restaurativo de la búsqueda de la verdad sea en cualquier forma transable o intercambiable respecto al derecho de las víctimas a obtener remedio por la vía judicial. Ninguna comisión de la verdad, luego de la sudafricana, ha aplicado el controversial mecanismo de amnistías condicionadas a la entrega de información.

- La necesidad de independencia política y operativa de las comisiones. El estándar internacional requiere que las comisiones sean creadas con claras garantías de independencia, con el fin de preservar su credibilidad y legitimidad. Se plantea que las comisiones sean establecidas como instituciones funcionalmente autónomas, es decir, capaces de diseñar e implementar su propio plan de trabajo sin intromisión política, conducir sus finanzas y administrarse sin más control estatal que el requerido en cualquier instancia del Estado para evitar manejos inadecuados.

10 ONU - Oficina de la Alta Comisionada para los Derechos Humanos. "Rule of law tools for post-conflict states. Truth Commissions", 2006.

- La necesidad del más alto consenso político y social. La actual formulación de lecciones aprendidas identifica el consenso de los actores políticos como un elemento *sine qua non* para el éxito de las comisiones de la verdad. Sin voluntad política favorable es imposible el efectivo establecimiento de una comisión independiente ni la colaboración de las instancias del Estado para obtener el acceso a la información necesaria. El énfasis dado a la voluntad política se deja notar en el hecho de que la mayoría de las comisiones creadas luego de Sudáfrica han seguido una ruta legislativa. Igualmente, la búsqueda de consenso político da un alto valor a la realización de extensos procesos de consulta social para garantizar que la comisión tenga alianzas que le permitan desarrollar su trabajo.

- La aplicación de principios internacionales de no discriminación y protección para garantizar que la experiencia de todas las víctimas sea adecuadamente recogida. Esto significa que el mandato material de las comisiones —*i.e.* el listado de las conductas que debe examinar— se haya expandido notablemente, garantizando que la experiencia de ciertas víctimas no resulte invisibilizada. Así, por ejemplo, hoy sería probablemente inaceptable que el mandato de una comisión no mencione explícitamente la violencia contra las mujeres, contra los niños y otros sectores especialmente vulnerables o marginalizados. Al mismo tiempo, este compromiso con las diversidades resulta en una ampliación de las capacidades técnicas deseadas para el personal de las comisiones.

La sistematización de buenas prácticas ha ocurrido en relación con una mayor aceptación jurídica del valor independiente y la naturaleza especial del “derecho a la verdad”. En efecto, aunque los contornos de este derecho no están aún claramente delineados, es un consenso mínimo que —ya sea como deducción de otros derechos fundamentales, o como evolución de la costumbre internacional— se puede hablar de un principio emergente que reconoce el derecho de las víctimas de las más graves violaciones a conocer las circunstancias y responsabilidades de los crímenes que sufrieron.

La Comisión de Derechos Humanos de la ONU aprobó en el 2005 una resolución reconociendo el “derecho a la verdad”, la misma que reiteró en años posteriores, incluyendo el mandato a la Oficina de la

Alta Comisionada de Derechos Humanos de emitir informes sobre la naturaleza y aplicación de dicho derecho[11].

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha afirmado en diferentes sentencias el carácter independiente del "derecho a saber" que asiste a las víctimas, en particular a partir del caso de las desapariciones forzadas[12], pero luego en relación con la inaceptabilidad de amnistías que impiden la investigación de las más graves violaciones de los derechos humanos, en casos relativos al Perú[13], Chile[14] y Brasil[15]. En el mismo sentido se han pronunciado las cortes constitucionales o supremas de países como Perú[16], Argentina[17] y Colombia[18]. Sin embargo, es importante indicar que la Corte Interamericana no considera que el deber de proveer remedio efectivo por parte de los Estados sea satisfecho con una investigación no judicial: la Corte exige que las investigaciones no estén constreñidas por amnistías u otros obstáculos *de facto* o *de jure*. En este sentido, conviene enfatizar que —al menos en Latinoamérica—aunque se aprecia el valor específico de una comisión de la verdad, su contribución a la justicia es vista como complementaria a la actuación penal.

4. Las comisiones de la verdad frente a los estándares

La emergencia de estos estándares ha generado —por un lado— un saludable resguardo contra la posibilidad de creación de comisiones en

---

11 ONU - Comisión de Derechos Humanos. "El derecho a la verdad". Resolución 2005/66. 20 de abril de 2005.

12 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Sentencia del 29 de julio de 1988 (Fondo).

13 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Barrios Altos vs. Perú*. Sentencia del 14 de marzo de 2001 (Fondo).

14 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Sentencia del 26 de septiembre de 2006. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

15 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil*. Sentencia del 24 de noviembre de 2010. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

16 Tribunal Constitucional del Perú Exp. n.° 2488-2002-HC/TC Piura: Genaro Villegas Namuche. Sentencia del 18 de marzo de 2004.

17 Corte Suprema de la República Argentina. *Simón Julio y otros*. Nulidad Ley de Obediencia Debida y Punto Final. Fallo del 14 de junio de 2005.

18 Corte Constitucional de Colombia. Ley de Justicia y Paz. Demanda de inconstitucionalidad. Sentencia del 18 de mayo de 2006.

forma irreflexiva o sin las suficientes condiciones para su éxito. En efecto, en el actual nivel de conocimiento y desarrollo normativo, no es aceptable el meramente anunciar el establecimiento de una comisión de la verdad para obtener una reacción positiva de la comunidad internacional o de los defensores de derechos humanos en un determinado país. Inmediatamente, surgen preguntas sobre las condiciones de creación y ofertas de cooperación para llevar adelante el proceso de creación en una forma consistente con los estándares internacionales.

Varios procesos de creación de comisiones de la verdad han tropezado con serias dificultades, o han fracasado, al no poder demostrar un auténtico compromiso con los estándares más avanzados. Así, en Indonesia, en el 2005, el Gobierno aprobó una ley estableciendo una comisión de la verdad al cabo de seis años de negociación parlamentaria. Sin embargo, como resultado de la negociación política con sectores vinculados al antiguo régimen autoritario, la ley incluía un mecanismo de “reparaciones a cambio de amnistía”, similar al de “verdad a cambio de amnistía” sudafricano, lo que fue objetado por las víctimas. Al presentarse una demanda de constitucionalidad, la Corte Constitucional de Indonesia examinó los avances normativos internacionales y determinó que la ley violentaba los derechos de las víctimas y —por lo tanto— era inconstitucional[19].

En la República Democrática del Congo, se estableció una comisión de la verdad con la participación directa de las distintas facciones armadas que habían participado en las guerras civiles de ese país y en el proceso de paz de Sun City. La inclusión de comisionados percibidos como representantes de grupos responsables de graves violaciones generó una desconfianza mayúscula, y —aunque se incluyó tardíamente a algunos representantes de la sociedad civil— las víctimas se abstuvieron de participar y dar su testimonio ante la comisión[20].

En Honduras, en el contexto de polarización generado alrededor del golpe de Estado contra el presidente Mel Zelaya en 2009, se creó una comisión cumpliendo lo estipulado en acuerdos firmados entre las partes en conflicto. Lamentablemente, la comisión se estableció en una forma tal que la sociedad civil la percibió como poco independiente, lo que conllevó al establecimiento de una comisión paralela, de la sociedad

19 Corte Constitucional de Indonesia, Decisión 006/PUU-IV/2006, 7 de diciembre de 2006.

20 Borello, Federico. “A First Few Steps. The Long Road to a Just Peace in the Democratic Republic of the Congo”. ICTJ - Octubre de 2004.

civil. La publicación del informe de la comisión oficial en 2011 no ha resultado —por lo menos en términos inmediatos— en una superación de las iniciales desconfianzas[21].

El establecimiento de estándares sólidos y la difusión de buenas prácticas pueden mejorar las posibilidades de éxito de una comisión de la verdad, al alertar a los gestores de política sobre posibles yerros de sustancia o de procedimiento. Es de esperar que a mayor información comparativa, se sigan identificando lecciones útiles.

Ahora bien: la identificación de buenas prácticas no debería resultar en la creación de un modelo único, aplicable en forma general. El uso automático de una plantilla definiendo elementos tales como el mandato material, los poderes y funciones de una comisión, puede reducir los márgenes de creatividad necesarios para dar vida a un proceso significativo. Otra posibilidad es que la aplicación automática de un canon termine por imponer exigencias técnicas muy altas en países donde los recursos locales, luego de una guerra catastrófica o una prolongada dictadura, sean muy limitados.

La reciente Comisión de la Verdad y Reconciliación de Liberia parece proporcionar un ejemplo de situación donde el efecto de la estandarización motiva la pérdida de oportunidades y presenta dificultades técnicas difícilmente salvables con las capacidades locales. En efecto, Liberia estableció una comisión en el 2005, de acuerdo con una ley sumamente comprehensiva, que incluía un mandato extenso, abarcador de las más graves violaciones de los derechos humanos e infracciones del derecho internacional humanitario a lo largo de un período de casi un cuarto de siglo, incluyendo responsabilidades individuales, institucionales y un análisis de los contextos sociales y políticos que hicieron posibles tales violaciones. Igualmente, en seguimiento de las lecciones aprendidas, Liberia corrigió un inicial nombramiento de comisionados y condujo un proceso de consulta para seleccionar comisionados representativos de distintos sectores de la sociedad[22].

Lamentablemente, este enfoque, de acuerdo con el canon, resultó en una comisión con un mandato extremadamente amplio, dotada de funciones y poderes significativos en el papel, pero muy débiles en

21 Honduras - Informe final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación “Para que los hechos no se repitan”.

22 Liberia - Asamblea Legislativa Nacional Transicional, “Act that establishes the Truth and Reconciliation Commission of Liberia”. 12 de mayo de 2005.

la realidad. Al mismo tiempo, la comisión así constituida no parecía presentar especificidades culturales propias de Liberia: se asumía un modelo de institución grande, empeñada en obtener ingentes cantidades de testimonio y producir un reporte escrito. En una sociedad donde prácticas tradicionales de *performance* y narrativa son fundamentalmente orales, y donde las tasas de alfabetismo son reducidas, abrirse a estas formas distintas resultaba necesario.

Además, al cabo de una guerra extremadamente destructiva, era difícil para la comisión reclutar personal local con la experiencia necesaria para manejar un mandato extenso y transformarlo en un adecuado proceso de investigación y movilización social. La CVR —en esas condiciones— requería significativos niveles de apoyo internacional, lo que terminó generando una permanente fuente de tensión entre la comisión, donantes, instituciones especializadas y víctimas. Eventualmente, la CVR liberiana publicó un reporte final que ha sido consistentemente criticado por presentar serias debilidades técnicas. Este caso debería constituir una alerta indicando las limitaciones de un enfoque que descuide la creatividad.

5. El futuro de las comisiones de la verdad

Esta breve revisión del recorrido histórico de las comisiones de la verdad sugiere un significativo desarrollo normativo y práctico. Por un lado, las comisiones ya no se ven como una respuesta política de emergencia a un dilema jurídico insoluble, sino como instrumentos que garantizan el acceso a un remedio legal efectivo y afirman el derecho a la verdad. Por otro, las comisiones no son un instrumento exótico y *ad hoc*, adaptable a las características de una sola región, sino un instrumento flexible con pretensiones de alcance global.

Subsisten significativas tensiones respecto al balance que debería existir en su práctica, entre estandarización e innovación. Por un lado, el avance de los estándares permite la creación de comisiones cada vez más sofisticadas, y en mejores condiciones de contribuir significativamente a la lucha contra la impunidad; por otro, la tentación de la aplicación automática de modelos estandarizados puede debilitar un impulso creativo aún necesario en una institución todavía joven.

Por supuesto, no es esperable hacer predicciones sobre una institución que evoluciona, pero sí es posible identificar —desde la práctica concreta— ciertas tendencias actuales que podrían formar parte

de su futuro, y que deberían constituir un llamado a la creatividad y a la innovación entre los gestores de política y la sociedad civil.

Las siguientes tendencias parecen ser las más significativas en el futuro desarrollo de las comisiones de la verdad:

a) La expansión y complejización de los mandatos

Si las tendencias actuales se mantienen, las nuevas comisiones de la verdad que se creen incluirán un cuadro cada vez más amplio de conductas a ser investigadas; otra posibilidad es que se establezcan nuevas comisiones en países que ya tuvieron una, para conducir investigaciones complementarias, no cubiertas por la primera.

En países como Liberia y Kenia, las comisiones establecidas han incluido un cuadro amplísimo de posibles violaciones, incluyendo los crímenes de más grave preocupación para la comunidad internacional, como una amplia variedad de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad. Pero, además, es esperable que nuevas comisiones incluyan, cada vez más sistemáticamente, otras conductas delictivas consideradas significativas, como el abuso contra niños en instituciones, la corrupción, la afectación ecológica, el tráfico de personas y otros. De hecho, la Comisión de la Verdad y Reconciliación de Canadá se ocupa exclusivamente de las vivencias de estudiantes que sufrieron abusos en internados, y similares iniciativas se han llevado a cabo en Bélgica, Irlanda y Alemania para identificar casos de abuso infantil en escuelas católicas.

A esta ampliación del marco de sus mandatos, debe añadirse además que es posible una complejización, más allá del mero establecimiento de hechos, para incluir el encargo de explicar las raíces históricas y estructurales de los abusos, y la forma diferenciada en que fueron sufridos por grupos vulnerables, como mujeres, niños, pueblos indígenas y otros.

b) Mayor tecnificación de las operaciones de las comisiones

En relación directa con la anterior tendencia, es esperable que las nuevas comisiones de la verdad requieran de cada vez mayores y más sofisticados recursos humanos y materiales, así como de estructuras administrativas más complejas.

La ampliación de las conductas en el mandato de las comisiones requerirá que los equipos legales de las comisiones tengan una amplia capacitación, probablemente a través de la mayor cooperación entre expertos de todo el mundo. Sin embargo, aunque la mayor complejidad

jurídica de las tareas de las comisiones requerirá más expertos legales, es también esperable que exista una mayor necesidad de cooperación interdisciplinaria entre el derecho, las ciencias histórico-sociales, la psicología y otras.

Como consecuencia, la creación de comisiones continuará generando serios retos en países con graves privaciones de recursos materiales y humanos, y su establecimiento precisará de mejores formas de coordinación de la comunidad internacional para canalizar más eficientemente la cooperación técnica y financiera.

c) Surgimiento de variedades regionales

Es también posible que —en la medida en que respondan cada vez más a exigencias legales— las comisiones de la verdad adapten sus mandatos y forma de operar a las tradiciones jurídicas y filosóficas de cada región y evolucionen alrededor de diversos “modelos”.

Ya puede observarse, por ejemplo, luego de la comisión sudafricana, en varios países, un consistente enfoque en la reconciliación a escala comunal y en la vinculación con procesos de reintegración de perpetradores de bajo nivel en sus comunidades. Comisiones establecidas en África —Sierra Leona, Nigeria, la República Democrática del Congo, Liberia, Kenia— han incluido distintas formas de amnistía o facilitamiento de la participación de perpetradores en el proceso de búsqueda de la verdad.

En contraposición a esta tendencia, en América Latina, en países que comparten sistemas jurídicos similares y una relación con instrumentos como el sistema interamericano de derechos humanos, tienen un enfoque mucho menos centrado en el derecho premial y más vinculado a la justicia penal. Ninguna comisión latinoamericana, ni siquiera las establecidas en países con amnistías vigentes, se ha dotado de mecanismos para eximir a personas de la investigación penal, y en algunos casos —como Brasil, Perú y Paraguay— ha existido una fuerte desconfianza y resistencia de sectores de la sociedad civil a cualquier enfoque reconciliatorio.

Otras posibilidades significativas de evolución existen, vinculadas a casos particulares que podrían resultar en innovaciones importantes. Sin embargo, tales desarrollos están sujetos a contingencias nacionales impredecibles, por lo que solo cabe indicarlos aquí como preguntas, reconociendo su carácter especulativo.

En la medida en que las comisiones se expanden más allá de sociedades históricamente vinculadas a paradigmas religiosos cristianos

y a sus concepciones filosóficas sobre el perdón y el castigo, ¿surgirán nuevos enfoques sobre los dilemas planteados por las necesidades de justicia y reconciliación? Esta pregunta tal vez merezca atención si las transiciones del Medio Oriente y África del Norte establecen comisiones de la verdad.

En tanto que delitos transnacionales de difícil represión a nivel nacional ganan mayor atención o requieren objetivamente de cooperación internacional, ¿será posible que surjan comisiones binacionales o multinacionales? Timor Oriental e Indonesia establecieron una comisión conjunta para investigar la violencia que rodeó el referendo de independencia de Timor Oriental en 1999. En otra región, cientos de organizaciones de la sociedad civil de los países sucesores de la antigua Yugoslavia han impulsado la iniciativa de una “comisión regional” establecida por todos los países de la región. Es posible pensar que temas como el tráfico de personas, las depredaciones medioambientales, o la violencia desencadenada por el tráfico de sustancias ilegales genere interés en mecanismos específicos de búsqueda de la verdad.

Si conflictos muy largos y estables, que afectan actualmente a sociedades con sistemas judiciales relativamente sólidos, llegan a término, ¿qué forma de cooperación o convergencia existirá entre futuras comisiones de la verdad y los sistemas judiciales? Conflictos como los de Colombia, Israel-Palestina, el País Vasco, y situaciones como la tensión entre Cuba y Estados Unidos, o entre las dos Coreas levantan agudas cuestiones en este sentido. Ya en Colombia se ha hecho evidente, a partir de la desmovilización paramilitar, que la sociedad colombiana asigna un valor muy alto al conocimiento de la verdad, incluso si ocurre como resultado de procesos judiciales atípicos.

En suma, las comisiones de la verdad muestran fuertes tendencias hacia su mayor consolidación en el repertorio de la justicia y la protección de los derechos humanos, pero aún han de enfrentar significativos retos en la medida en que su uso las lleve a responder a nuevas situaciones alrededor del mundo. El campo de la justicia transicional y la comunidad internacional de derechos humanos deben estar preparados.

LAS VÍCTIMAS RECUERDAN. NOTAS SOBRE LA PRÁCTICA SOCIAL DE LA MEMORIA*

Félix Reátegui

Durante la década del 2000 se han hecho más visibles en la sociedad colombiana los esfuerzos organizados de las víctimas de la violencia por reconstruir sus historias y hacerlas conocer al resto del país. Espontáneas, transitorias, huérfanas de apoyo oficial, carentes de recursos materiales, asediadas por una violencia que no cesa, numerosas colectividades realizan desde hace años, en las más diversas regiones, un asombroso despliegue de valor e imaginación dirigido a hacer memoria de sufrimientos y atrocidades que las voces del poder oficial querrían olvidar. No es fácil predecir qué proyección y perdurabilidad alcanzarán en el largo plazo estas iniciativas, pues son muchos los factores de los que depende un proceso social de memoria. Pero sí es posible afirmar que, a estas alturas, esos esfuerzos múltiples y heterogéneos han transformado ya, de manera irreversible, el mapa imaginario de la violencia en Colombia. Varias y distintas podrían ser las salidas institucionales al ciclo de violencia contemporáneo en el país, pero lo cierto es que, hoy en día, ninguna de ellas podrá afirmarse sin proveer verdad y memoria y cumpliendo, para ello, ciertos estándares básicos de profundidad e incluyendo las múltiples voces de las víctimas. De las iniciativas no oficiales de memoria que hoy florecen en el Oriente antioqueño, en la Costa Atlántica, en el Valle del Cauca y en muchas otras regiones, podría decirse aquello que Michael Ignatieff señaló como el aporte elemental de

* Artículo publicado originalmente en Reátegui, Félix. “Las víctimas recuerdan. Notas sobre la práctica social de la memoria”. *Recordar en conflicto: iniciativas no oficiales de memoria en Colombia*. Marcela Briceño-Donn, Félix Reátegui, María Cristina Rivera, Catalina Uprimny Salazar (eds.). Bogotá: ICTJ, 2009. © 2009 Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ). Publicado con permiso.

una comisión de la verdad: ellas han estrechado el margen de mentiras que pueden existir sin ser cuestionadas en esta sociedad[1].

En este breve texto se presentan algunas reflexiones sobre el significado de la práctica social de la memoria que realizan las poblaciones que han sido víctimas de diversos actores armados en Colombia. Más que examinar algunas iniciativas no oficiales de memoria en particular, el objeto de esta reflexión es brindar ciertas ideas generales sobre las implicancias sociales y políticas que tiene, o podría tener, esa actividad, hoy floreciente en el país en medio de una violencia recurrente. Para ello, este texto se divide en dos secciones. En la primera de ellas se discutirá, en un plano algo abstracto, la relevancia de las memorias de víctimas para la *reproducción social*, es decir, para los procesos institucionales y sociales por los cuales se mantiene o se transforma la organización de la convivencia colectiva. En la segunda parte, el texto se ocupará de algunas complejidades de la producción de memorias sociales, y en particular las memorias de víctimas, atendiendo a cuestiones tales como las funciones que tal práctica cumple para las colectividades involucradas y las relaciones entre esas memorias inevitablemente parciales, aunque vívidas y plenas de legitimidad social, y otras narrativas o interpretaciones más abarcadoras de la violencia.

En rigor, las dos secciones de las que se compone este texto se hallan motivadas por un interrogante común: ¿qué *hacen* las poblaciones victimizadas cuando *hacen memoria*? Tal pregunta puede ser entendida al menos de dos maneras distintas, que son las que justifican la división interna de esta reflexión. El quehacer social —individual o colectivo— puede tener, según cierta distinción ya clásica en teoría social, dos tipos de efectos o de funciones[2]. Puede poseer una función objetiva, latente, que sucede al margen de las intenciones explícitas de la gente y que, hasta cierto grado, se halla asociada a la organización sistémica de la sociedad. A eso nos referimos al preguntarnos por los potenciales efectos de las memorias sobre la reproducción social. Al mismo tiempo, ninguna

1 Ignatieff, Michael. *The Warrior's Honor. Ethnic War and the Modern Conscience*. Nueva York: Henry Holt, 1998, p. 173.

2 Véase el tratamiento ya *canónico* de este problema desde el funcionalismo estructural estadounidense en Merton, Robert K. *Teoría y estructura sociales*. (1949). México D. F.: Fondo de Cultura Económica, 1980. Capítulo III: "Funciones manifiestas y latentes". Versiones renovadas de esta distinción pueden hallarse en el trabajo teórico de Jeffrey Alexander. Véase Alexander, Jeffrey (ed.). *The Micro-Macro Link*. Berkeley: University of California Press, 1987.

mirada que se fije en los grandes procesos institucionales y anónimos que se despliegan en una sociedad puede ignorar que la gente siempre *sabe lo que hace*. El quehacer de la memoria es también, y principalmente, un acto de volición, una decisión concreta de personas determinadas que se plantean metas y objetivos; es más, el quehacer de la memoria es, fundamentalmente, un despliegue de la subjetividad y un tejido de intersubjetividades. A esa dimensión prominente de la memoria como práctica deliberada de los sujetos corresponde una indagación más amplia de la memoria como *acción social*, de la cual apenas se dará un atisbo en estas páginas.

1. Memoria y sociedad

La actual efervescencia de la memoria sobre la violencia en Colombia no ocurre en el vacío sino en un contexto nacional particular, aquel signado por diversas iniciativas de sucesivos Gobiernos orientadas a desactivar mediante arreglos políticos los focos de acción armada. Ninguno de esos esfuerzos ha sido ajeno a críticas ni ha estado exento de fallas y vacíos. Muchas de las objeciones a esas iniciativas —ya sea que hablemos de la fallida negociación de la administración Pastrana con las FARC en el Valle del Caguán o del actual proceso de desarme del paramilitarismo vía la ley 975— son realizadas en nombre de un criterio de eficacia. Desde una evaluación estratégica y táctica de los procesos, y analizando la racionalidad de los actores armados y los incentivos que pudieran tener para desmovilizarse realmente, los ofrecimientos y concesiones del Estado han sido vistos como sostenidos en cálculos erróneos. Pero las preocupaciones que hoy resuenan más fuertemente en el ámbito de la opinión pública son de otra naturaleza. Ellas se refieren al imperativo moral de hacer valer los derechos de las víctimas como horizonte de legitimidad básico para cualquier experiencia de pacificación, derechos que no estarían plenamente garantizados en los esquemas de negociación hasta ahora ensayados. Es en ese nuevo horizonte de expectativas donde cierto deseo social de memoria ha encontrado un terreno fértil para propagarse.

Los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y las reparaciones son, de hecho, un continente nuevo en la discusión internacional sobre transiciones del autoritarismo a la democracia y de la violencia a la paz. Se podría decir que la ubicación de esos derechos en el núcleo de la imaginación pública contemporánea procede de una

vigorosa transformación en el orden de la cultura, aun antes que en los ámbitos del derecho y de la política. Se trata de un último avance del *humanitarismo*, aquella revolución de la sensibilidad moral mundial cuyo punto de partida se identifica, en el mundo jurídico, con los procesos de Núremberg, pero que se sitúa, en realidad, en un horizonte más amplio y antiguo: el de la moderna concepción filosófica de la universalidad de lo humano y de la dignidad que le es inherente[3].

El *humanitarismo*, como conjunto de premisas y postulados que apuntalan un cierto orden moral, hace parte de la historia contemporánea de las ideas, pero a la vez ha tenido un destino infrecuente para la mayoría de sistemas de pensamiento: se ha encarnado en el sentido común y se expresa desde hace décadas en la forma de normatividad jurídica de muy diversos signos. Se trata, pues, de un sistema de valores que ha adquirido existencia institucional y que ha terminado por arraigarse, también, en el orden de la política. Aunque la fuerza coactiva del Estado y de los poderes realmente existentes siempre puede imponerse, en el largo plazo su legitimidad —esto es, su posibilidad de existir como autoridad sin que medie la amenaza permanente— se halla subordinada al respeto de esos valores.

Se podría sostener que la afirmación de tales valores instituye un paradigma de legitimidad social —el de la ideología de los derechos humanos— que coexiste en tensión con el anterior paradigma centrado en la razón de Estado. El teatro de esas tensiones es, hoy, la globalización. Esta suele ser vista, principalmente, como la expansión mundial de ciertos sistemas de administración y gestión, sobre todo los de índole económica. Pero ella es también un fenómeno cultural, en el sentido de que está enhebrado con las formas como nos imaginamos la vida en sociedad: los lazos legítimos entre los individuos y las formas de la subjetividad que corresponden a un individuo de nuestro tiempo. Una amplia literatura sociológica y antropológica ha destacado, en los últimos años, esta dimensión cultural de la globalización[4], la cual se expresa, finalmente,

3 Véase una condensada recensión de esa trayectoria de la idea humanitaria en Todorov, Tzvetan. *La vida en común. Ensayo de antropología general*. Madrid: Taurus, 1995.

4 Sobre la globalización como una exacerbación de la matriz cultural de la modernidad, véase Giddens, Anthony. *Un mundo desbocado. Los efectos de la globalización en nuestras vidas*. Madrid: Taurus, 2000; y Giddens, Anthony. *The Consequences of Modernity*. (1990). Cambridge: Polity Press, 1991. Véase también Bauman, Zy*gmunt. La globalización. Consecuencias humanas.* México D. F.: Fondo de Cultura Económica, 1999. Bayart, Jean-François. *Le gouvernement du monde. Une critique politique de la globalisation.* París: Fayard, 2004.

en nuevos estándares de exigencia para las relaciones interestatales y para la convivencia multilateral. Entre tales exigencias, ocupa un lugar importante el humanitarismo político y legal que nació después de los horrores de la Segunda Guerra Mundial.

La sociedad y el Estado colombianos, enfrentados a una violencia armada de décadas, constituyen un escenario interesante de esa tensión político-cultural que habita en la globalización. Durante mucho tiempo, a lo largo del siglo XX, las discusiones sobre la paz en Colombia han estado centradas en un esquema institucionalista de negociaciones y de pactos. Hay huellas vivas de esa aproximación en figuras legales como la del *delito político*, tipo penal infrecuente en otras sociedades de América Latina. Ese esquema, no desaparecido del todo, convive ahora de manera incómoda con el lenguaje internacional del humanitarismo, centrado en la imposible impunidad para ciertos crímenes atroces y en el lugar central que los derechos de las víctimas han de tener en cualquier opción pacificadora[5]. Esta es una tensión todavía no resuelta en la que dialogan y se enfrentan los poderes oficiales o institucionales, los diversos actores armados, los voceros de la opinión pública, la amplia red de colectividades que constituyen la sociedad civil y, desde luego, los miembros de la comunidad internacional. A ese elenco se han sumado con un protagonismo creciente, ciertamente, las víctimas, quienes constituyen en sí mismas una población diversa y con agravios muy disímiles que redimir. Diferenciadas y hasta divididas según el tipo de actor armado que fue su victimario, la clase de abuso de la cual han sido objeto, la antigüedad de los crímenes sufridos, los diversos grados de atención recibidos de parte del Estado, ellas parecen estar de acuerdo, sin embargo, en una idea central: el ejercicio de la memoria es la precondición ineludible de todo proceso de paz que se pueda adelantar legítimamente en el país.

Así, en la práctica social de la memoria en Colombia se entrecruzan varios de los caminos por ser recorridos para llegar a una paz con visos de legitimidad. En primer lugar, se expresa desde la voz de los directamente afectados una convicción moral y un deseo de reconocimiento. En segundo lugar, se plantea un desafío a la imaginación política de la sociedad —el reto de la inclusión— que ha de ser tenido en cuenta para la validez de cualquier arreglo pacificador. En tercer lugar, desde el énfasis creciente

5 Véanse las discusiones sobre el tema realizadas en Orozco, Iván. *Combatientes, rebeldes y terroristas. Guerra y derecho en Colombia.* Bogotá: Temis, 2006; y Orozco, Iván. *Sobre los límites de la conciencia humanitaria. Dilemas de la paz y la justicia en América Latina.* Bogotá: Temis, 2005.

en el cumplimiento de los derechos a verdad, justicia y reparaciones, se afirman necesarios vínculos entre paz, democracia y ciudadanía. En cuarto lugar, en el ejercicio mismo de la memoria y las acciones colectivas que tal ejercicio supone, se viene brindando una dinámica distinta a la sociedad civil, un tejido de asociaciones que poco a poco disputa parcelas de acción al Estado, aunque no para suplantarlo sino para instruirlo en la práctica democrática y responsable del poder. No es exagerado suponer, por tanto, que el despliegue social de la memoria, a través de iniciativas no oficiales adelantadas principalmente por las víctimas, es algo más que una respuesta de emergencia —un refugio de los desamparados— a los asedios de la violencia; es también, potencialmente, parte de un fenómeno más amplio y de plazos más largos como es el de la posible transformación de una sociedad política. Por ello se hace necesario, desde ya, no solamente movilizar los recursos para el fomento de esas iniciativas, sino también entender su naturaleza específica. ¿Qué significa para las víctimas *hacer memoria*?, ¿qué clase de interacciones sociales sustentan la práctica de la memoria y son desencadenadas por ella?, ¿qué producto social es la memoria y qué lugar ocupa en las vidas cotidianas y en el espacio público?

1.1. Memoria y producción social

Para una consideración de las cuestiones arriba mencionadas, hace falta reconocer, en primer lugar, la omnipresencia de la memoria. Solo en un sentido metafórico es posible hablar del olvido como una manera social de situarse frente al pasado. En rigor, toda representación del presente y toda orientación de las acciones individuales y colectivas se encuentran sustentadas en una cierta percepción organizada del pasado. A veces, esa percepción es manifiesta y explícita, está conformada por enunciados definidos sobre hechos pretéritos y por interpretaciones y valoraciones específicas de estos. En otras ocasiones, la memoria aparece, más abstractamente, bajo la forma de “estructuras heredadas de percepción”, como se ha sostenido desde cierta sociología de la vida subjetiva[6]. Es decir, ella no es necesariamente un conjunto de enunciados sobre hechos concretos, sino un conjunto de disposiciones asentadas en una

6 Fundamentalmente, las investigaciones de Alfred Schütz. Véase “Conceptos fundamentales de la fenomenología”. (1944). En Schütz, Alfred. *El problema de la realidad social*. Buenos Aires: Amorrortu, 1974. Una poderosa recreación y proyección de este marco teórico al tema de la memoria se encuentra en Ricoeur, Paul. *La mémoire, l’histoire, l’oubli*. París: Seuil, 2000.

colectividad que orientan a las personas a percibir los hechos de un cierto modo. En el dominio de la violencia armada y de las masivas violaciones de derechos humanos, esta sería la diferencia entre una memoria que describa hechos y responsabilidades concretos y una percepción general del pasado que oriente a ver la violencia como una fatalidad. Cuando se afirma la necesidad de la memoria (concreta y específica) para evitar la *normalización* de la violencia en Colombia, estamos hablando, precisamente, de combatir esas estructuras heredadas de percepción que, por presentar a la violencia como una fatalidad inescapable, casi como un destino histórico, son el terreno propicio a la impunidad para los perpetradores y a la negligencia frente a las víctimas. Pero nunca, en todo caso, estamos ante un vacío de memoria sobre el pasado. Al igual que ocurre con el territorio del poder político, tampoco el territorio del pasado admite vacíos: siempre hay una memoria ocupándolo, haciéndose cargo de él, dándole forma y significado y, desde luego, condicionando el presente desde cierta percepción del pasado. El olvido, desde esta perspectiva, no es otra cosa que una memoria de cuyas fuentes u orígenes no somos enteramente conscientes porque ha sido presentada con éxito como una versión natural del pasado.

En segundo lugar, conviene tomar nota del papel que la memoria ha tenido históricamente en la organización institucional del poder. Es algo reciente en las ciencias sociales el reconocimiento de lo simbólico —este es el ámbito donde hay que situar la memoria como objeto social— en la reproducción de una sociedad. Entre los mejores intentos de entender la constitución de los Estados modernos o ciertos regímenes políticos como la democracia, predominaban hasta hace pocas décadas las explicaciones centradas en la economía y la política o en una combinación de ambas[7]. El foco desde donde se organizaban y configuraban las sociedades, en nuestro entendimiento científico más difundido, se encontraba en la disputa y la administración institucional del poder, cuyo núcleo es el Estado, y en los mecanismos de producción y distribución de bienes, cuya plataforma es el mercado. Lentamente se fue reconociendo que el poder y la repartición de los recursos son también, en un sentido muy

7 Véanse, a manera de ejemplo, trabajos sobresalientes como la explicación del surgimiento de los Estados modernos por Charles Tilly o la explicación del surgimiento de la democracia por Barrington Moore, Jr. Tilly, Charles. *Coercion, Capital and European States: AD 990 - 1992*. (1990). Oxford: Blackwell, 1992. Moore, Barrington, Jr. *The Social Origins of Democracy and Dictatorship. Lord and Peasant in the Making of the Modern World.* (1966). Boston: Beacon Press, 1993.

importante, fenómenos de orden cultural, es decir, procesos de naturaleza simbólica que se sostienen en las creencias colectivas, y, entre ellas, en las formas sociales de recordación del pasado. Uno de los trabajos más influyentes en este reconocimiento de la memoria como matriz de la organización política de una sociedad fue la innovadora reflexión sobre el fenómeno nacionalista debida al historiador inglés Benedict Anderson. La idea de la nación como una "comunidad imaginada" y el papel del Estado en la producción institucional del recuerdo como medios para fundar tal comunidad son moneda corriente en toda reflexión política contemporánea[8]. La elaboración institucional de las versiones del pasado aparece no solamente como una fuente de legitimación del Estado —el cual se constituye en una suerte de administrador y programador de la imaginación social— sino también como una plataforma para las diversas formas de *poder* social: por ejemplo, el tipo de poder que media entre las clases sociales, o el que se proyecta difusamente desde las organizaciones religiosas, o el que se ejerce desde las instituciones culturales de una sociedad. Las desigualdades entre los miembros de una sociedad, así como la fuerza de un sector de ella para influir en la vida de los otros sectores, nunca es un fenómeno de fuerza desnuda, sino que siempre está afincado en cierto recuerdo colectivo, en cierta forma general de percepción del pasado[9].

A partir de una reflexión tal, es imposible entender la memoria solamente como una actividad privada (individual o colectiva) y de repercusiones en la esfera doméstica; en nuestro estado actual de comprensión sociológica, la memoria es un factor constituyente del espacio público, es decir, ese territorio que comunica lo social con lo político. Se trata de una sustancia social que puede ser eficaz tanto para la consolidación de un poder cuanto para desafiarlo, transformarlo o desestabilizarlo. La memoria es un ingrediente importante de la malla

---

8 Anderson, Benedict. *Imagined Communities. Reflections on the Origin and Spread of Nationalism.* (1983). Londres: Verso, 1991. Véanse especialmente el Capítulo 9: "The Angel of History" y el Capítulo 11: "Remembering and Forgetting".

9 Se entiende por poder social, en esta reflexión, un fenómeno distinto del poder político en el sentido de que no está fundado en *autoridad* formal. Esta es una distinción básica en la sociología política de Max Weber (1867-1919), pero se puede rastrear también en la reflexión social de Alexis de Tocqueville (1805-1859). De este último, véase Tocqueville, Alexis de. *L'ancien régime et la révolution.* (1856). Colección Folio. París: Gallimard, 1967. Sobre este tema, es relevante el Libro Primero. Sobre el poder entendido como una malla de redes sociales véase Mann, Michael. *The Sources of Social Power*. Volumen 1: *A History of Social Power from the Beginning to AD 1760.* Cambridge: Cambridge University Press, 1986.

simbólica en la que se sostienen nuestros ordenamientos sociales, sea que hablemos de las instituciones oficiales, sea que hablemos de las interacciones cotidianas entre individuos y colectividades.

En el dominio de la discusión formal sobre las transiciones políticas y la consolidación de la democracia, esta relevancia de lo simbólico no ha sido todavía reconocida con fuerza suficiente. Aun cuando se hable de la *cultura política* como elemento importante para el arraigo de las democracias, tal cultura política es entendida en sentido discreto como un conjunto de disposiciones del sujeto frente al sistema político, no como una representación general de la sociedad y de su pasado por parte de los individuos. Así, para uno de los pensadores más creativos en esta materia desde las ciencias políticas, Larry Diamond, la cultura política estaría constituida por las creencias, actitudes, valores, ideales, sentimientos y evaluaciones sobre el sistema político de un país y el papel de la persona en ese sistema[10]. Lejos se encuentra esta concepción de una mirada más abarcadora sobre el papel de lo simbólico en la definición de una sociedad política, como, por ejemplo, las ya antiguas reflexiones de Alain Touraine sobre los movimientos sociales —y es razonable ver en el impulso social de memoria en Colombia una forma de movimiento social— como contiendas alrededor de la *historicidad*, entendida como los modelos culturales que definen un cierto orden colectivo[11].

Así, conviene no perder de vista que siempre, y en toda colectividad nacional, se desarrolla una cierta producción cultural de la sociedad. Pero, al mismo tiempo, en un esfuerzo por ubicar adecuadamente la significación peculiar del actual proceso social de memoria, es necesario identificar un cambio importante ocurrido a escala mundial en las últimas décadas. Se trata de la progresiva pérdida del monopolio de la producción de símbolos por parte del Estado y de los sectores privilegiados —castas o clases prestigiosas—. Este cambio forma parte de una transformación general por la cual el Estado ha perdido su potencia para dirigir eficazmente los procesos sociales mientras que la sociedad organizada se ha expandido y se ha ramificado en redes de acción e intervención pública (demanda, propuesta, participación, ejecución, fiscalización) que

10 Véase Diamond, Larry. *Developing Democracy. Toward Consolidation*. Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 1999, p. 163.

11 Este matiz en las consideraciones sobre cultura y política es relevante si se busca interrogarse sobre el impulso de memoria como potencial factor de un cambio social de mayor envergadura, que trasciende al tema de la pacificación. Véase Touraine, Alain. *La voix et le regard. Sociologie des mouvements sociaux*. París: Seuil, 1978.

hacen todo proceso de gobierno mucho más complejo de lo que era hasta hace unas décadas[12].

En efecto, si en primer lugar reconocemos que la dirección política de una sociedad reposa siempre, en alguna medida relevante, sobre cierto orden cultural en el cual la memoria tiene un papel central, en segundo lugar hay que recordar que la producción de ese orden cultural se hallaba, hasta hace poco, fuertemente jerarquizada en América Latina. Desde la institucionalidad oficial, y a partir de los códigos de jerarquía social prevalecientes, la producción de la memoria nacional se encontraba en manos de una élite que acaparaba de modo exclusivo el prestigio intelectual. Esto no significa en modo alguno que otras clases o estratos sociales no tuvieran prácticas de memoria y no elaboraran narrativas sobre el pasado, sino que esos estratos se encontraban excluidos de aquello que el crítico cultural uruguayo Ángel Rama denominó *la ciudad letrada*, un "anillo protector del poder" constituido por "una pléyade de religiosos, administradores, educadores, profesionales, escritores y múltiples servidores intelectuales (...)"[13]. El tópico de la ciudad letrada como una fortaleza desde donde el poder se irradia simbólicamente sobre todo el cuerpo social tiene un reverso interesante. Ese reducto excluyente de erudición y alta cultura es también, a su modo, un refugio —casi una prisión— en el que las élites resisten el asedio de las masas.

En el caso de Colombia la asociación entre poder político, orden social y cultura letrada tuvo durante el siglo XIX y hasta mediados del siglo XX una fuerza singular, la cual ha sido resaltada, entre otros, por el historiador británico Malcolm Deas[14], quien reflexiona sobre el cultivo de la filología y la gramática entre los hombres públicos (y en un plano más amplio, el culto a la norma lingüística castiza) y sus conexiones con el prestigio social y la legitimidad del poder. Se trataría, así, de una peculiar forma de manifestarse la base simbólica del poder político: el dominio

12 Véase en particular Lechner, Norbert. "Tres formas de coordinación social". *Revista de la Cepal*, n.° 61, 1997. Asimismo, Messner, Dirk. *The Network Society. Economic Development and International Competitiveness as Problems of Social Governance.* Londres: Routledge, 1997.

13 Rama, Ángel. *La ciudad letrada*. Hanover: Ediciones del Norte, 1984, p. 25.

14 Véase Deas, Malcolm. *Del poder y la gramática y otros ensayos sobre historia, política y literatura colombianas*. Bogotá: Norma y Taurus, 2006. Véase también Palacios, Marco. *La clase más ruidosa y otros ensayos sobre política e historia.* Colección Vitral. Bogotá: Norma, 2002. Este sesgo es advertido también en Braun, Herbert. *Mataron a Gaitán. Vida pública y violencia urbana en Colombia.* (1985). Bogotá: Aguilar, 2008.

experto de la norma castellana culta habría sido no solamente, como es común, una fuente irradiadora de estatus y prestigio social, sino también de legitimidad política, es decir, fundamento tácito de la autoridad institucional. Este trasfondo histórico tiene una relevancia especial cuando se trata de aquilatar lo que significa, para la sociedad colombiana contemporánea, esta irrupción de la memoria de las víctimas —y de sus testimonios y sus formas propias, no académicas, no letradas, de rendir versiones del pasado— en la esfera pública[15].

Lo que sucede en Colombia, por lo demás, no es privativo de este país. Este proceso guarda continuidad con una tendencia regional a la apertura de los espacios públicos para acoger las voces de los excluidos como ingredientes importantes para la elaboración de las imágenes nacionales del pasado. Es posible, así, que de una manera oscuramente paradójica, al calor de los procesos de violencia se esté acelerando otra forma de democratización en las sociedades de América Latina, una apertura de los sistemas simbólicos —análoga a las aperturas de los sistemas políticos que dieron fin a los órdenes oligárquicos— de manera tal que estos se encuentran, ahora, más llanos al ingreso de memorias heterogéneas que compiten con las versiones cultas o elitistas que antes predominaban soberanamente en cada país. Por lo demás, hay que tomar en un sentido fuerte la idea de memorias heterogéneas. Lo cierto es que la idea de *otras memorias* se refiere a varias cosas complejamente distintas: memorias de actores diversos; memorias con contenidos divergentes sobre los mismos hechos; memorias estructuradas de una manera diferente y con diversos horizontes de historicidad y hasta con distintas concepciones del tiempo; memorias que no privilegian la expresión verbal (y mucho menos escrita) sino que se sienten mejor expresadas en la acción y la *performance*; memorias que reposan sobre supuestos diversos acerca de la relación con el poder y con el Estado.

En rigor, las memorias locales, comunitarias, no letradas, siempre han estado produciéndose al margen del poder institucional y, en muchas ocasiones, subordinándose formalmente a esos poderes y sin

15 Los conceptos de *espacio público* y de *esfera pública* son de uso cotidiano hoy en día, pero su significado es complejo y elusivo. Aquí se debe entender el concepto desde la perspectiva de Hannah Arendt en el sentido de “mundo en común” reconocido así por los habitantes de una colectividad social amplia, y, a la vez, como espacio que media —en el sentido de que constituye un puente— entre “lo social” y “lo político”. Véase Arendt, Hannah. *La condición humana.* (1958). Barcelona: Paidós, 1993. Véase también Patrón, Pepi. *Presencia social, ausencia política. Espacios públicos y participación femenina.* Lima: Agenda: PERÚ, 2000.

posibilidades de conquistar algún grado de visibilidad y reconocimiento más allá de las fronteras de la comunidad inmediata. Los fenómenos de exclusión se desarrollan también, secularmente, en el plano simbólico de la sociedad. Lo que ahora cambia —y aquí hay que retomar la conexión con la nueva conciencia humanitaria centrada en las víctimas— es el grado de atención que se concede a esas memorias como ingrediente de los procesos de paz o de transición política. En síntesis, y en relación con el asunto que nos concierne, el fenómeno que a veces es descrito como una *explosión de la memoria* no ha de ser entendido como el surgimiento de una práctica social inédita en el seno de los sectores sociales excluidos o victimizados sino como la incursión de sus memorias en el espacio público con un potencial de eficacia política antes impensable.

2. Funciones de la memoria

Conviene hacer una primera distinción entre las direcciones que adoptan las iniciativas de memoria de las víctimas. Una de esas direcciones se acomoda mejor a la idea de *conmemoración*, es decir actos específicos de recordación de personas o de sucesos, ocasiones de significado ritual o instancias de convocatoria colectiva. Hablando de las conmemoraciones ligadas a las dictaduras del Cono Sur, Elizabeth Jelin ha escrito que se trata de “fechas en que el pasado se hace presente en rituales públicos, en que se activan sentimientos y se interrogan sentidos, en que se construyen y reconstruyen las memorias del pasado”[16]. Es aceptable, sin embargo, plantear una diferencia —aunque sea con fines estrictamente analíticos— entre esas prácticas y el ejercicio de la memoria entendido como la elaboración de un relato estructurado sobre los hechos y procesos pasados; esto es, la memoria como *narrativa*. No todo acto conmemorativo posee esa vocación de narratividad y de estructuración del recuerdo en unidades temporales más amplias o de provisión de marcos explicativos o interpretativos sobre lo sucedido. Un acto conmemorativo puede satisfacerse en la estricta experiencia de la justicia y del reconocimiento o hallarse suficientemente justificado como instancia para la expresión y la renovación de una cierta solidaridad comunitaria. Esta distinción, sin embargo, no significa oposición sino dos figuraciones posibles del acto colectivo de recordar. Elizabeth Jelin, una vez más, resalta la “dimensión

16 Jelin, Elizabeth (comp.). *Las conmemoraciones: las disputas en las fechas “in-felices”*. Serie Memorias de la Represión. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores y Social Science Research Council, 2002, p. 1.

histórica de las memorias" y afirma que "las operaciones del recuerdo y el olvido ocurren en un momento presente, pero con una temporalidad subjetiva que remite a acontecimientos y procesos del pasado, que a su vez cobran sentido en vinculación con una temporalidad de futuro"[17]. Es decir que los actos de conmemoración, tal como se entienden aquí, pueden hallarse insertos en procesos de elaboración narrativa o ser, de hecho, los factores que desencadenan esa forma narrativa de la memoria. La distinción es, en todo caso, interesante si se trata de hurgar en el objetivo de las acciones de recordar y lo que ellas significan para las colectividades implicadas.

No obstante, por debajo de estas posibles diferencias existe un sustrato común en toda iniciativa de memoria: en estas se teje una realidad intersubjetiva con la cual se responderá a un estado de cosas hiriente y *des-estructurante*. Ha sido señalado el carácter disruptivo de la violencia: esta cancela las reglas de juego de la vida cotidiana, trastorna el sentido de las instituciones, instaura el reino de la desconfianza y distorsiona las percepciones de la realidad y de la propia identidad[18]. Frente a esas disrupciones la sola *práctica social* de la memoria cumple una función restauradora. Se trata de una operación de constitución intersubjetiva del mundo mediante la cual se crean acuerdos para dar significados a hechos dolorosos. De hecho, la actividad colectiva de la memoria pone en escena una *socialización* del dolor y, por esa vía, una transmutación en realidad pública de aquello que es, en primera instancia, privado e incomunicable. Podría decirse, incluso, que es mediante esa práctica colectiva que se crean las condiciones para que, en términos de Tzvetan Todorov, se trascienda el plano de la memoria *literal* —que aprisiona al sujeto en el pasado, en el sufrimiento y en la venganza— y se alcance el plano de la memoria *ejemplar*. Esta última, dice Todorov, abre el recuerdo "a la analogía y a la generalización" y, por ese camino, "nuestra conducta deja de ser puramente privada e ingresa en la esfera pública"[19].

Existen, pues, funciones de integración social alrededor del ejercicio colectivo de la memoria. Pero, como es sabido, la integración social no debe ser entendida siempre en un sentido armónico o consensual. Integración también significa control social, vigilancia, exigencias de adecuación y

17 Jelin, Elizabeth (comp.) *Op. cit.*, p. 2.

18 Benyakar, Mordechai. *Lo disruptivo. Amenazas individuales y colectivas: el psiquismo ante guerras, terrorismos y catástrofes sociales.* Buenos Aires: Biblos, 2003, pp. 60-61.

19 Todorov, Tzvetan. *Les abus de la mémoire.* París: Arléa, 2004, p. 31.

conformidad al grupo[20]. Por ello, si las iniciativas colectivas de memoria poseen ese carácter cohesivo y restaurador, hay en ellas también una posibilidad residual de conflicto latente y de relaciones de poder dentro de la comunidad. En la memoria social sobre la violencia en los andes peruanos, por ejemplo, se ha detectado que las desigualdades de género moldean las versiones colectivas del pasado de un modo tal que se subordina, posterga o instrumentaliza la experiencia femenina de la guerra[21].

No obstante lo dicho, interesa destacar que las iniciativas no oficiales de memoria, por su carácter típicamente colectivo, dan lugar a recreaciones simbólicas del pasado[22], las cuales contienden con las versiones de este que han sido transmitidas o impuestas por los sectores sociales más poderosos o por las instituciones culturales de la sociedad, como pueden ser la escuela pública o los medios de comunicación masiva. Se erigen, así, en dispositivos para la crítica de aquello que desde la sociología fenomenológica se llamaría el *mundo preconstituido*[23], esto es, las interpretaciones preexistentes del pasado que tienden a presentarlo a las conciencias como un hecho natural y, por tanto, sustraído a cuestionamiento. Hablamos, por tanto, del despliegue de una actitud crítica frente al espacio público y a las relaciones de poder, autoridad, jerarquía y precedencia social que en él imperan. La *desnaturalización* del orden social, la revelación (o, diríase, la *denuncia*) de su naturaleza convencional, son, históricamente, rasgos del tránsito de las sociedades tradicionales hacia una modernidad democrática. Desde este punto de

---

20 Sobre integración social, conservan interés los escritos ya antiguos de Edward Shils, quien elaboró su sociología desde los marcos del funcionalismo estructural. Shils, Edward. *The Constitution of Society.* Chicago: The University of Chicago Press, 1982. Véase en particular el Capítulo 1: "The Integration of Society".

21 Theidon, Kimberly. "Género en transición: sentido común, mujeres y guerra". *Memoria. Revista sobre cultura, democracia y derechos humanos*, n.° 1, 2007. Lima: IDEHPUCP.

22 Este aserto se basa en cierta tradición de teoría social para la cual los actos de interpretación colectivos dan lugar a simbolizaciones del mundo, entendiendo por tales ciertas *representaciones sociales* que adquieren fijeza, consistencia objetiva y capacidad para imponerse a las conciencias individuales. Todo repertorio de memoria es una simbolización que, en cuanto tal, ofrece y hasta impone claves para interpretar no solamente el pasado sino también el presente. Es en razón de ello que las denominadas "batallas por la memoria" poseen una importancia política de largo plazo que a veces no es perceptible para los protagonistas de esas batallas. Sobre interpretación y simbolización social, véase, entre muchas posibles fuentes, Blumer, Herbert. *Symbolic Interactionism. Perspective and Method.* Berkeley: University of California Press, 1969. Capítulo 3: "Society as Symbolic Interaction".

23 Alfred Schütz. "Conceptos fundamentales de la fenomenología".

vista, es razonable preguntarse por las conexiones entre el desarrollo de una actitud crítica frente al mundo social, por un lado, y el sustrato cultural propicio para el ejercicio de la ciudadanía, por el otro[24].

Memoria y ciudadanía es, ciertamente, una conjunción bastante verosímil, pues otra dirección de la memoria elaborada colectivamente —esto es, de las iniciativas de memoria como las reseñadas en esta publicación— es la de la gestación de una conciencia de derechos. Los afectados por la violencia no siempre tienen una percepción de sí mismos como víctimas que son titulares de derechos a la verdad, la justicia y las reparaciones. En muchos casos —y esto tiene significado especial para la sociedad colombiana—, la identidad de las víctimas se encuentra *invadida* o *saturada* por otro rasgo social preexistente o concurrente, como puede ser la pobreza, la exclusión socioeconómica o incluso la marginación étnica. La historia de la población desplazada forzosamente en Colombia a lo largo de varios ciclos de violencia es un ejemplo de ello. Si la organización de la población desplazada no es novedad en el país, sí lo es, relativamente, la autodefinición de los afectados como víctimas titulares de derechos específicos, más allá de los que poseen en calidad de población empobrecida por el destierro.

La práctica social de la memoria como *ejercicio para la ciudadanía* o como plataforma para lograr avances en equidad tiene otras derivaciones interesantes, como las que atañen a las relaciones de género. Se ha mencionado líneas arriba el riesgo de subordinación de la experiencia femenina en los ejercicios colectivos de memoria. Al mismo tiempo, es necesario hacer notar el protagonismo que las mujeres tienen en los esfuerzos comunitarios de memoria, sobre todo en contextos urbanos. Existe, desde luego, una explicación circunstancial para este protagonismo femenino: puesto que en un ciclo de violencia los varones tienden a ser los principales blancos de los actores armados, son las mujeres relacionadas con ellos —viudas, madres, hermanas, hijas— quienes quedan para hacer el recuento dolorido de lo sucedido. Esa explicación, sin ser errónea, sí puede ser insuficiente y podría beneficiarse de una reflexión más vinculada con los rasgos específicos de la identidad de género. Tópicos como el desarrollo diferenciado de la conciencia moral entre hombres y mujeres, como la dirección prevaleciente de la conciencia femenina hacia

24 Sobre la memoria como un freno a la naturalización o normalización de la violencia en Colombia véase Pécaut, Daniel. *Violencia y política en Colombia. Elementos de reflexión*. Medellín: Hombre Nuevo Editores, 2003.

los otros o como la importancia que tiene para la conciencia femenina la conservación de los vínculos afectivos concretos[25], son algunos de los temas que cabría examinar más a fondo en una indagación sobre género y memoria. Ello podría ser provechoso, entre otras cuestiones, para entender algunos problemas de amplio alcance que atañen a la compleja relación entre iniciativas no oficiales de memoria —memorias directas, de víctimas, de actores sociales colectivos— y las iniciativas institucionales y oficiales que persiguen la reconstrucción de una memoria nacional insertada en un espacio público.

2.1. Memoria, acción colectiva y movimiento social

La cuestión del espacio público como destino de los ejercicios sociales de memoria es un asunto todavía debatible. ¿Cuál es el objetivo que persiguen las víctimas y sus allegados cuando se involucran en esfuerzos colectivos de memoria? ¿La memoria es plataforma de una agenda político social o es una acción social que se satisface en sí misma, en el acto restaurador de recordar y dignificar?

La experiencia acumulada indica que no es obligatorio optar de modo excluyente entre esas dos posibilidades sino, en todo caso, diferenciar entre objetivos inmediatos y posibles objetivos intermedios. La potencialidad política o de agenda pública de la memoria estaría en la órbita de los objetivos intermedios e incluso podría estar en el plano de los objetivos, o funciones, tácitos, no deliberados y, acaso, no buscados.

Lo cierto es que el ejercicio colectivo de la memoria tiene a la vez como precondición y como efecto la existencia de cierta capacidad de coordinación grupal, aquello que en la sociología contemporánea se denomina *capital social*. Esto puede ser entendido como la posibilidad de las personas para actuar coordinadamente en procura de una meta compartida aunque también se lo define como las redes de que dispone un sujeto y en las cuales se puede apoyar para el logro de sus objetivos[26].

---

25 Lo cual, para el tema de este texto, se referiría a que, para cierta racionalidad moral, la rememoración concreta de los desaparecidos no podría ser sustituida por un acuerdo político más general. Es necesario advertir que el tema de las diferencias en el desarrollo de la conciencia moral y otros tópicos relacionados es todavía objeto de debate en el campo de la psicología. Entiéndanse estas reflexiones, por tanto, solamente como sugerencia de hipótesis o vías de indagación por considerar.

26 Véanse referencias fundamentales al tema en Coleman, James. *Foundations of Social Theory*. Cambridge: The Belknap Press, 1990, y en Bourdieu, Pierre. “Le capital social”. *Actes de la Recherche en Sciences Sociales*, n.° 31.

En las iniciativas no oficiales de memoria se resalta con más frecuencia esta segunda figuración del capital social, en el sentido de que las víctimas valoran muy altamente la capacidad de compartir con otros sus recuerdos y de apoyarse en otros para la superación de las secuelas que los abusos han dejado sobre ella. Se podría decir que esta es una manifestación del capital social *hacia dentro* del grupo que ha optado por el cultivo de la memoria. Pero, en ciertos casos, el grupo concibe y adelanta proyectos e intenciones dirigidas *hacia fuera*, es decir, hacia la sociedad circundante, de la cual esperan obtener bienes diversos que pueden ir desde bienes inmateriales como el *reconocimiento* hasta la adopción de ciertas decisiones públicas que atañen a la conducción del Estado nacional (reformas institucionales de amplio alcance) pasando, desde luego, por la ejecución de programas de reparaciones. Para la consecución de estas metas u objetivos, es útil considerar la primera acepción de la noción de capital social: las iniciativas no oficiales de memoria son formas de acción colectiva que *pueden llegar a constituirse* en movimientos sociales[27] con plena existencia y relevancia en el espacio público y en el escenario político oficial. Esta potencial derivación de los ejercicios de memoria tiene una importancia circunstancial particular en la América Latina de hoy, en la cual la caducidad o el severo debilitamiento de los sistemas de partidos políticos obligan a la sociedad civil a buscar nuevos caminos para interactuar con lo público estatal. (Al mismo tiempo, habría que reconocer que esa misma debilidad de los sistemas de partidos supone potencialmente una restricción para la proyección y la gravitación pública de los esfuerzos de memoria, pues los priva precisamente de los puentes para convertir en una causa pública nacional aquello que nace desde lo colectivo particular y local).

Se ha dicho líneas arriba que el capital social puede ser visto, alternativamente, como precondición y como efecto de los ejercicios colectivos de memoria. Conviene detenerse brevemente en este punto. Uno de los efectos de la violencia local más frecuentemente mencionados es la erosión de la confianza interpersonal, la instauración del reino del miedo y el sentimiento de precariedad de la convivencia social[28]. En esas

27 Entre una amplia bibliografía sobre movimientos sociales, véase el texto clásico de Tarrow, Sidney. *Power in Movement. Social Movement and Contentious Politics*. Nueva York: Cambridge University Press, 1998.

28 Se puede ver, al respecto, el ya citado texto de Benyakar, Mordechai. *Lo disruptivo. Amenazas individuales y colectivas: el psiquismo ante guerras, terrorismos y catástrofes sociales*. Desde una perspectiva de sociología política, es útil mencionar a Lechner,

circunstancias, el emprender un esfuerzo colectivo de memoria puede enfrentar, como primera tarea, la de generar lazos de confianza que permitan la concurrencia de los afectados a una convocatoria de ese tipo. Se suele hablar, en estos casos, de que la primera necesidad es crear capital social. Pero, al mismo tiempo, la confianza es un fenómeno social que se reproduce a sí mismo. Es la concurrencia a un mismo esfuerzo —sobre todo cuando atañe a cuestiones tan íntimas como lo es el dolor— lo que desencadena procesos de creación de confianza y seguridad cada vez más vigorosos.

Hasta este punto, hemos señalado algunas ideas sobre el quehacer de la memoria de parte de las víctimas desde un ángulo particular: hemos querido resaltar que se trata de una acción social de tipo colectivo mediante la cual se generan ciertos lazos internos en la colectividad y desde la cual se gestan potencialmente ciertos efectos en la sociedad más amplia. Conviene, para finalizar estas reflexiones, volvernos ahora hacia este quehacer en cuanto *producción* de la memoria. Nos interesa abordar esta cuestión desde el punto de vista de los alcances de la producción de estas memorias y, tangencialmente, desde sus relaciones con otras formas de memoria de naturaleza más institucionalizada, oficial o académica.

2.2. El “encuadre” de las iniciativas de memoria

Se ha comentado líneas arriba que la reconocida diversidad de las memorias ha de ser entendida en un sentido muy amplio. Esto no se refiere únicamente a la heterogeneidad del contenido de la memoria —aquello que dice sobre los *hechos* pasados— sino, y tal vez con más importancia, a la diversidad de las formas de la memoria —es decir, de sus manifestaciones, de sus soportes, de su manera de existir como práctica social. La distinción más clara puede ser la que se da entre las formas escritas, textuales y narrativas de la memoria y aquellas otras formas que se suele denominar *preformativas.* Una primera manera de leer esa distinción puede ser en términos de mayores o menores recursos para hacer memoria. Una lectura superficial, y acaso prejuiciosa, pensaría que es la escasez de *capital intelectual* de las víctimas (instrucción formal) lo que las inclina a cultivar preferentemente formas rituales o *preformativas*

Norbert. *Las sombras del mañana. La dimensión subjetiva de la política.* Colección Escafandra. Santiago: LOM. Lechner enfatiza en este libro la gravitación de los miedos sociales como disruptores de la convivencia social y como uno de los grandes problemas desencadenados por la caducidad de las instituciones de mediación política clásicas.

del recuerdo. Lo ritual sería un refugio o una solución de emergencia. Afortunadamente, ya estamos en capacidad de reconocer el valor sustancial y propio que tienen las iniciativas no oficiales de memoria en sus manifestaciones particulares como expresiones sociales genuinas y sofisticadas de la necesidad y de la decisión de recordar. Más aún, sabemos hoy que hay cierto tipo de experiencias —la de la violencia atroz es una de ellas— que necesita existir socialmente, como condición de su eficacia, esto es, de su relevancia colectiva, en la forma de *performance* antes que en la forma de archivo o de repertorio[29].

No obstante lo señalado, se puede asumir también que incluso esas prácticas *perfomativas*, rituales o también icónicas de la memoria poseen una tendencia a hilvanar los retazos del pasado en una elaboración más amplia. Más de una de las iniciativas reseñadas en esta publicación muestran esa inclinación: sobre la base del despliegue de fotografías de los familiares desaparecidos o a partir de la concurrencia de las víctimas a talleres de rememoración o mediante los diálogos conducentes a la instalación de un monumento conmemorativo, se va activando una rememoración y una interpretación de la experiencia colectiva. Este punto es señalado por Elizabeth Jelin al hablar de la producción de la memoria alrededor de las “fechas in-felices”[30]. Resulta pertinente, por tanto, considerar algunos rasgos de esa producción.

Conviene realizar esta consideración tomando en cuenta varios ejes. Desde el punto de vista de su amplitud espacial, estas iniciativas no oficiales tienden a producir memorias locales antes que memorias de alcance nacional o regional. Por su amplitud cronológica (y por derivación, por el arco de los temas de que se ocupan) tienden a ser memorias que versan sobre un caso circunscrito a un tiempo muy localizado, o a un suceso o evento particular.

Sin embargo, hay que relativizar un tanto los dos señalamientos realizados aquí. Lo que se constata en ejercicios como los visitados en esta publicación, es que según van madurando las iniciativas, se evidencia una intención de constituir narrativas más amplias en busca, precisamente, de obtener una memoria más explicativa: es decir, insertando los hechos en un proceso más abarcador. En algunos casos esa intención puede

29 Véase Taylor, Diana. *The Archive and the Repertoire: Performing Cultural Memory in the Americas*. Durchan, NC: Duke University Press, 2003. Véase en especial el Capítulo 3: “Memory as Cultural Practice: Mestizaje, Hybridity, Transculturation”.

30 Jelin, Elizabeth, *Op. cit.*

desplegarse, incluso, hacia un horizonte histórico que no admite cortes muy claros entre la historia social y la historia de la violencia específica. Eso resulta visible, por ejemplo, en aquellas iniciativas donde la población afrocolombiana reclama que se reconozca la continuidad entre los abusos contemporáneos y su particular historia de inserción en la historia del país vía la esclavitud, primero, y la marginación, después.

También puede ocurrir un cambio interesante cuando se toma en cuenta los agentes que son protagonistas de estas iniciativas de memoria. En primer lugar, estas son memorias de las víctimas dirigidas hacia las víctimas en una suerte de actividad muy densamente comunitaria. Ello, sin embargo, no impide que paulatinamente se despliegue una perspectiva que las víctimas definen como "reconciliadora", lo cual conduce a abrir los frutos de la rememoración, o la invitación a rememorar, hacia los vecinos que no son víctimas directas y, en algunos casos, a la elaboración de un discurso dirigido a los propios perpetradores.

Otro eje pertinente de análisis es el que podríamos denominar el contenido de la memoria realizada por las víctimas, es decir, ¿sobre qué versa esa memoria? Por una parte, podría decirse que las memorias se sitúan entre dos extremos, el de una memoria episódica y el de una memoria histórica. Esta diferencia no afecta necesariamente al contenido de verdad o de legitimidad social que ella pudiera tener, sino a su proyección y al tipo de conocimiento sobre el pasado que se pretende proveer. Sobre esto último, vale la pena rescatar preguntas de Daniel Pécaut acerca de cómo situar la memoria necesaria y legítimamente parcial de las víctimas en una mirada más amplia y abarcadora y con unos ejes que la potencien. Si la inserción de la memoria local en una memoria nacional plantea el riesgo de *expropiar* a las víctimas su historia concreta, al mismo tiempo es un camino para dotarlas de una proyección pública mayor, de una posible eficacia política y, al mismo tiempo, para proveer sentidos e interpretaciones más amplios que permitan —nuevamente en palabras de Todorov— pasar de la memoria literal a la memoria ejemplar.

Las memorias nacionales pueden, así, tener como función lo que Henri Rousso llama "encuadrar" las memorias particulares[31]. Esto no significa una delimitación ni una acotación de las memorias producidas por quienes han experimentado directamente los hechos, sino una potenciación de ellas. Las memorias locales o particulares traban,

31 Véase, entre otros textos en que se aborda esta cuestión, Rousso, Henry. *Histoire, critiques et responsabilité.* Colección Histoire du Temps Present. París: Complexe, 2003.

mediante sus relaciones con la memoria nacional, una relación con unos mínimos de verdad necesaria y sitúan su recuperación de los hechos en una perspectiva interpretativa más abarcadora. Esto implica también un marco axiológico, y ahí es donde la memoria, en contextos transicionales, deja de ser estrictamente una actividad social *de base*, en el caso de las iniciativas no oficiales, o una investigación científica o legal, en el caso de las iniciativas oficiales: ella, finalmente, se centra en una estructura básica de valores asociados al Estado de derecho y a ciertos acuerdos político-morales, tácitos o explícitos, como los propios de una democracia.

Por otro lado, estas memorias tienen una valencia específica en cuanto que están hechas de recuerdo subjetivo directo, de relaciones intersubjetivas, y en cuanto están impregnadas de carga afectiva, la cual es siempre un componente central del pasado y, sobre todo, de los lazos entre pasado, presente y futuro. Este elemento de subjetividad es una parte de lo que recoge un ejercicio oficial de memoria —digamos, una comisión de la verdad— cuando está centrada metodológicamente en las víctimas: es decir, cuando la recepción de testimonios es el componente central de su investigación empírica. Pero como lo han señalado sobre todo quienes observan el proceso desde la antropología, la recepción de testimonios de víctimas ya incluye una suerte de *pacto epistemológico:* el testimonio es recibido para ser encuadrado en una historia más amplia, de carácter nacional, y para que cumpla esa condición, ha de ser en primer lugar adecuada a un cierto formato. Los mecanismos oficiales de búsqueda de la verdad imprimen una *norma expresiva* a la voz de las víctimas, el cual no es necesariamente el caso cuando estamos ante iniciativas no oficiales de memoria.

A estas alturas, ya se podría tener claridad sobre lo siguiente. Los ejercicios de memoria tienden a ser (venturosamente) ingobernables en varios sentidos. No hay institucionalidad que pueda inaugurar y clausurar por sí sola un ejercicio de memoria. Al mismo tiempo, no es conveniente olvidar el carácter inarmónico de las iniciativas de memoria. Eso no es un problema que se vaya a resolver o que *se tenga* que resolver. Podría decirse, en última instancia, extremando el argumento, que la profusión de memorias situadas, particulares, locales, parciales, es un indicador de éxito del proceso. Si se dice que los procesos de memoria son también procesos de construcción de ciudadanía, de civilización en cierto sentido, de fortalecimiento de *agencias* sociales, entonces es necesario que esto ocurra. No cabe aspirar a una narrativa que comande la memoria social en todos sus detalles.

Eso no es posible, pero tampoco es deseable. El acto social de la memoria es un acto que tiende a la diversidad y, diríamos, que se justifica en la diversidad. Lo que ocurre en una sociedad en transición o que busca una transición, al fin y al cabo, es que coexisten en ella las elaboraciones oficiales de memoria, con sus pretensiones de ser sistemáticas y exhaustivas, con los impulsos locales y directos de memoria, ejercicios en los que la relación a veces tensa entre verdad y reconciliación, en sentido fuerte del término, resulta ser mucho más directa: memoria para remendar los lazos de coexistencia *versus* memoria para la realización de justicia penal y de reformas institucionales. Un problema presente es encontrar el equilibrio o, mejor aun, los puentes de comunicación entre ambas. Por ahora, como lo testimonian las iniciativas no oficiales que tienen lugar en Colombia y en otros países de la región, lo que tenemos es una memoria social en movimiento. Y eso es bastante para mantener el impulso hacia un proceso de autorreconocimiento y de reconocimientos mutuos y para desterrar la idea de la violencia como una fatalidad.

EL MUNDO DE LOS ARCHIVOS*

*Ludmila da Silva Catela***

En 1882 y en 1892, varias familias kalina fueron llevadas de la Guayana francesa a París para ser exhibidas en el Jardín Zoológico de la *Aclimatation*. Durante meses vivieron dentro de un pabellón que reconstruía una aldea indígena. *Les indiens* fueron exhibidos allí como animales. Esta macabra exposición, justificada en nombre de la ciencia, rentable para el popular comercio de lo exótico, fue sistemáticamente registrada en los dos continentes. En Europa por diversos fotógrafos y en América por la tradición oral que hizo de estos episodios un tema aún vigente en la memoria colectiva de los kalina. En 1994, la Association des Amérìdiens de la Guyana Française (AAGF) quiso realizar una exposición con aquellas fotografías. La Fototeca francesa, localizada en el Musée de L'Homme, fríamente ("sin historia", para usar la analogía levistraussiana) solicitó un pago por el préstamo de las fotos. Esta actitud ofendió el honor de la AAGF, que declaró que no pagaría por el uso de fotografías de miembros de sus familias. Los kalina argumentaban que sus ancestros habían sido forzados a la mirada colonial y así despojados de su propia imagen. El incidente permitió a la comunidad kalina afirmar una posición de principio y hacer sonar la indignación por la posibilidad de que esas fotografías pudieran ser utilizadas sin su consentimiento, para exposiciones o publicaciones. A pesar de haber pasado más de cien años, muchos kalina todavía consiguen reconocer a sus antepasados en tales imágenes, además de recordar los testimonios que esas personas

* Artículo publicado originalmente en Da Silva Catela, Ludmila. "El mundo de los archivos". *Los archivos de la represión: documentos, memoria y verdad*. Ludmila da Silva Catela y Elizabeth Jelin (eds.), Madrid, Siglo XXI Editores, 2002. © 2002 Siglo XXI Editores y Social Science Research Council. Publicado con permiso.

** Este texto se benefició de las lecturas, comentarios y sugerencias de Elizabeth Jelin, Gustavo Sorá y Aldo Marchesi, a quienes agradezco.

dieron cuando volvieron del absurdo viaje a la *Civilization*. Collomb, quien recuperó esta historia, afirma que "esta inscripción en el presente, que posibilita la transmisión de los testimonios recolectados por las personas dislocadas, confiere un valor muy particular a esos documentos fotográficos, que hoy en día son mucho más que meros documentos, por más preciosos que puedan ser a los ojos de los investigadores. La existencia de esos retratos era ignorada por los kalina, que los descubrieron durante los preparativos para las exposiciones conmemorativas (en 1991 y 1992) del viaje efectuado cien años antes hacia París. (...) Apasionadamente contempladas y comentadas en las comunidades [kalina], estas fotografías se transformaron en el soporte de una memoria familiar y colectiva para los kalina de Guayana y Surinam, que actualmente buscan rastros de su historia y raíces de su identidad étnica. A los ojos de los kalina, esos documentos conservados en Europa, como colecciones documentales, tienen un valor de patrimonio, que ellos consideran que pertenece, antes que nada, a ellos mismos"[1].

Este ejemplo describe las relaciones entre una comunidad indígena y su pasado e instituciones occidentales que a partir de la especialización y poder sobre la preservación de documentos y patrimonios imponen valores pretendidamente universales. También revela el valor dado a documentos después de cien años, la relación de la memoria y la identidad, así como las tensiones entre los "dueños" de los acervos y los "dueños" de la memoria[2]. La lucha simbólico-jurídica de los kalina es ejemplar para estudiar los archivos como institución, los sistemas de agentes que otorgan orden, significados y clasificaciones, su valor en las sociedades modernas (atribuido principalmente por sus usuarios), las disputas entre las memorias oficiales y las memorias colectivas, entre los sentimientos privados que construyen identidad, entre los intereses públicos que se yerguen en nombre de los patrimonios (nacionales, provinciales, locales) y los fines científicos. Por otro lado, expone las dificultades que se plantean ante la conservación y unidad de los acervos y los modos de acceso, la selectividad y el resguardo de aquello que se considera historizable o recordable, lo que deviene historia o memoria. En suma, este conflicto

1 Collomb, Gérard. "Imagens do outro, imagen de si". *Cadernos de Antropologia e Imagen*, n.° 6, 1998, p. 78.

2 Para extremar la necesidad de problematizar la acción y propiedades de aquellos que mantienen el poder sobre las definiciones de la memoria, véase el concepto «emprendedores de la memoria» acuñado por Jelin, Elizabeth. *Los trabajos de la memoria*. Madrid y Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2002.

por la propiedad de las fotos refleja la diferencia entre memoria (para los kalina) e historia (como disciplina científica y como emprendimiento de formación de archivos y rescate de acervos).

Al explorar el mundo de los archivos, este texto busca relacionar los significados atribuidos a los objetos, a los recuerdos, a los conjuntos de documentos, de imágenes y de tradiciones, según las clases de agentes (no tanto las comunidades como un todo) que los perciben, los ponen en práctica, los usan, los interpretan. Para ello defino un punto de vista etnográfico, forma de conocimiento que al tornar familiar lo exótico y al extrañar lo familiar ofrece posibilidades singulares para dotar de complejidad al mundo de los archivos y a los archivos como representación del mundo. Al mismo tiempo, esta perspectiva da nitidez al hecho de que los archivos, los acervos y las tradiciones no son entidades dadas, neutras o estáticas, sino que, aun en los casos de gran poder de representación (como, por ejemplo, los archivos nacionales en Francia, o el Archivo de Indias en España), componen conjuntos de relaciones sociales específicas. “Dudar”, preguntar sobre los archivos como instituciones con tensiones, jerarquías y luchas, es restituirles el carácter histórico y cultural, viéndolos en su carácter de espacios complejos que deben ser aprehendidos como objetos de reflexión a partir de problemas y puntos de vista analíticos.

1. Un producto arbitrario

¿De qué hablamos cuando hablamos de archivos? En general, la representación más común sobre los archivos es aquella que los asocia a lugares oscuros, fríos, llenos de polvo, donde se pueden encontrar papeles viejos y húmedos. También se los asocia con las bibliotecas o con lugares donde la gente pasa horas leyendo. En menor medida se los reconoce como el espacio que algunas instituciones administrativas reservan para colocar expedientes, fichas, protocolos, papeles que algún día pueden ser solicitados para llevar adelante un trámite o simplemente como resguardo institucional de sus acciones. Al ser solicitados y recibidos, certificados de nacimiento, historias clínicas, expedientes de cursos, libros de óbitos, fichas personales, facturas, registros parroquiales, por citar algunos ejemplos, constituyen un mapa de papeles que constantemente modifica sus fronteras. En el ámbito privado, muchos guardan sus papeles, y la palabra archivo puede ser asociada a aquella caja, cajón o estante de algún mueble donde colocamos nuestras historias, o alguien de la familia guarda fotos y otros objetos testimoniales: tarjetas de cumpleaños,

cartas, diarios personales, imágenes y otros objetos-testigo de las etapas de la vida, etc.

En síntesis, se puede decir que el archivo es el espacio que resguarda la producción, organización y conservación de objetos (en la mayoría de los casos papeles manuscritos o impresos) que dejan constancias, documentan, ilustran las acciones de individuos, familias, organizaciones y dependencias del Estado[3]. Un archivo implica un conjunto de acervos o fondos documentales, sonoros y visuales, localizados en un local o edificio, con agentes que los producen, los clasifican y velan por su existencia y consulta. La triple relación acervos-espacio físico-agentes estará siempre presente y caracterizará el tipo de archivo, sus usos y finalidades.

No todos los archivos son iguales. En un polo público-oficial se pueden diferenciar aquellos que producen documentos de uso cotidiano, cuya función es la gestión administrativa, el apoyo informativo y el valor probatorio ante la ley. Se puede incluir aquí una variedad enorme de acervos de ministerios, hospitales, la justicia y la policía, entre otros. En proporción variable, esta clase de documentos pueden ser seleccionados para formar parte de un Archivo General (de la nación o provincial) donde sus usos no necesariamente serán los mismos que los de origen.

En el otro extremo tenemos los acervos localizados en el espacio privado. Aquí las motivaciones de acumulación de documentos abarcan desde deseos personales de guardar cosas de forma ocasional o de manera más sistemática cuando alguien en una familia juega un rol de guardián de la memoria familiar.

Entre ambos polos se pueden reconocer otras variantes de archivos, definidos por campos de actividad especializados: la ciencia, la política, la religión, etc. Estos reúnen acervos donados, comprados o recolectados por los propios especialistas. Los usos del archivo dependerán del grado de apertura pública de la institución receptora o acumuladora, según los

3 Si buscamos una "definición", desde el punto de vista de los archiveros, el archivo es considerado "el conjunto de documentos que, independientemente de la naturaleza del soporte, son reunidos por proceso de acumulación a lo largo de las actividades de personas físicas o jurídicas, públicas o privadas y considerados en relación a su valor" (Associação dos Arquivistas Brasileiros. *Dicionário brasileiro de terminologia arquivística*. São Paulo: CENADEM, 1990, p. 16). Como puede leerse, el archivo es tratado solamente desde el punto de vista del espacio que guarda documentos, dejando de lado sus agentes, conflictos y litigios, por ejemplo en relación con lo que se considera con "valor" para ser guardado.

intereses de acción de una comunidad, restringida o expandida hacia un público "general"[4].

A medida que evolucionó el proceso civilizador, aparecieron diversos soportes (escritura, fotografía, imágenes, internet) para fijar los acontecimientos, las actividades y los recuerdos que, por diferentes motivos (burocráticos, científicos, periodísticos, afectivos, etc.), un individuo, un grupo o una institución considera que deben ser guardados, clasificados, organizados.

Más allá de los lugares y los acervos, la comprensión del mundo del archivo debe resaltar la acción de agentes especializados e interesados en ellos y las disputas que, por detrás de los papeles, dirimen lo guardable y lo transmisible —en fin, los contornos de la cultura en perspectiva histórica—. Entre la persona que produjo un texto o una imagen y aquella otra que hizo uso de esos bienes a través de un archivo se distribuye un abanico de especialistas en la documentalización de la cultura. El historiador, el archivero, el técnico en preservación, el pedagogo, el comunicador, el director de la institución de preservación y otros agentes de la burocracia transforman las propiedades, los usos posibles y los sentidos de aquellos objetos, al instituir conjuntos de normas, preceptos y limitaciones. Los objetos no contienen en sí mismos ningún interés *esencial* para su legado a la posteridad a través de archivos, bibliotecas o museos. Los intereses son atribuidos como resultado de ásperas disputas cuyo decisivo poder es sublimado cuando los objetos se estabilizan como los "documentos de un acervo".

El momento histórico, las presiones religiosas, laicas, económicas, políticas, los miedos y tabúes, las modas y pasos de moda hacen que archivos que durante mucho tiempo pasaban inadvertidos, de repente adquieren un poder de atención inédito; a la inversa, otros que vivieron épocas de gloria pueden pasar al olvido. Por ejemplo, durante mucho tiempo los Archivos Generales en cada país codiciaban especialmente los papeles de los "hombres de Estado". Actualmente, cada vez más, los documentos privados de individuos anónimos adquieren valores

4 La enumeración y tipologías de archivos puede extenderse a muchas otras dimensiones. Para una discusión más amplia sobre el tema desde el punto de vista aquí tratado pueden consultarse Esposel, José. *Arquivos: uma questão de ordem*. Niterói: Muiraquitã, 1994; Fugueras, Ramón; y Mundet, José. ¡Archívese! Los documentos del poder. El poder de los documentos. Madrid: Alianza Editorial, 1999; Lopes, Zélia da Silva (comp.). *Arquivos, patrimônio e memória. Trajetórias e perspectivas*. São Paulo: UNESP, 1999.

que promueven la creación de diversos espacios para cobijarlos. En Canadá, por ejemplo, se "ha implementado el concepto "archivos totales". De acuerdo con esto todas las instituciones archivísticas del país (...) adquirirían en proporciones básicamente iguales (...) los archivos oficiales de sus organismos productores y los manuscritos u otros medios personales de individuos, familias y grupos particulares"[5]. Si bien Canadá representa una excepción con relación a las políticas de archivos de otros países, es posible afirmar la expresión de una progresiva tendencia a recibir papeles personales, además de documentos oficiales. También crece la tendencia a crear nuevos archivos destinados a resguardar "exclusivamente" papeles de individuos anónimos. Es el caso de la Association pour l'Autobiographie en Ambérieu-en-Bugey (Francia), donde se guardan y reciben manuscritos de relatos de vida, de episodios significativos, de historias de familia, así como diarios infantiles y juveniles, diarios de adultos y agendas de actividades. Entre ellos se pueden citar los 26 cuadernos escritos a partir de 1938 por una mujer que a los 75 años decidió donarlos a la Asociación[6].

El cambio de estado de un conjunto de documentos puede ser rastreado en los esfuerzos y luchas que diversos agentes desarrollan para conseguirlos, comprarlos o lograr su donación. La división o la separación de fondos documentales desplazados hacia otros espacios físicos indican también un cambio en el interés por su contenido. Por ejemplo, el Archivo General de la Guerra Civil Española fue creado en 1999. Originalmente, la base de sus documentos comprendía solamente una sección creada en 1979 denominada "Guerra Civil" en el Archivo Histórico Nacional. La justificación para la transformación de una sección en un archivo independiente, según puede leerse en la presentación, fue "la trascendencia de la guerra civil en la historia de España, lo que exigía una mayor atención" y mayor espacio para reunir toda la información vinculada al período, que se encontraba dispersa[7].

En el mismo juego en el cual archiveros, directores, periodistas, científicos, burócratas y otros seleccionan documentos y los clasifican se

5 Cook, Terry. "Arquivos pessoais e arquivos institucionais: para um entendimento arquivístico comum da formação em um mundo pós-moderno". *Estudos Históricos*, vol. 11, n.° 21, 1998, pp. 130-131.

6 Para conocer más sobre la historia y actividades de esta Asociación, véase Lejeune, Philippe. "O guarda-memória". *Estudos Históricos*, vol. 10, n.° 19, 1997, pp. 111-119.

7 Una mayor información se encuentra disponible en: http://www.mcu.es/archivos/CE/ArchivosCentros.html.

descarta y destruye una enorme masa de productos, de objetos. La fatalidad de este proceso de reproducción de la modernidad, y los conflictos que emergen al ser cuestionadas las razones de la selección/acumulación/transmisión, hacen de los archivos lugares de inmenso interés para comprender la arbitrariedad social e histórica de la producción cultural. Pero ¿cómo y por qué los acervos y sus documentos adquirieron un valor distintivo, al punto de ser creadas instituciones para resguardarlos de la destrucción y el olvido?

2. El poder de los documentos

En la tensión entre el uso de un soporte material de la memoria como las fotos y las memorias colectivas elaboradas por la narración oral, el conflicto kalina-francés pone en evidencia la importancia que en las sociedades modernas adquiere el documento, la imagen y lo escrito, frente a la tradición oral, formadora por excelencia de la memoria en las comunidades no letradas. La escritura trajo consigo el registro y este la necesidad de su conservación, así como su poder de prueba. Como dice Godoy, "la escritura crea un nuevo medio de comunicación entre los hombres. Su servicio esencial es objetivar el habla, suministrarle al lenguaje un correlato material, un conjunto de signos visibles. De este modo, el habla puede transmitirse a través del espacio y preservarse a través del tiempo, lo que la gente dice y piensa puede rescatarse de la transitoriedad de la comunicación oral"[8]. Ante las vertiginosas ondas de cambios en nuestras sociedades, el registro de hechos y su preservación como prueba del paso del tiempo devino un problema crucial. Una variedad de formas de registro (escritura, imágenes, internet, etc.) generan un sistema de soportes que no suplantan ni eliminan las tradiciones basadas en la oralidad, sino que se superponen a ellas, en un juego de tensiones. Todo pasa como si en aquellas sociedades que han desarrollado lo que Godoy llama «tecnologías de intelecto», la profunda necesidad de registrar y guardar concentrara el núcleo de una lucha contra el olvido. En estas sociedades, las propias tecnologías del intelecto como la escritura (y aquí agregaría los archivos) son factores de formación de especialistas en el dominio de los instrumentos de registro del paso del tiempo (historiadores, archiveros, geólogos, arqueólogos, etc.). A través de calendarios y mapas, documentos y monumentos, estos especialistas

8 Goody, Jack (comp.). *Cultura escrita en sociedades tradicionales*. Barcelona: Gedisa, 1996, p. 12.

—con sus tecnologías en instituciones— orientan los sentidos y las experiencias, aunque no de un modo mecánico.

En el ámbito privado, los documentos, cartas, papeles sueltos y fotografías aportan recuerdos y vestigios de seres, eventos y cosas que ya no están. Si pensamos las acciones cotidianas del Estado (siempre tomando el caso de los Estados nacionales occidentales), de las instituciones, de los grupos (asociaciones, clubes, familias) y de los individuos, es posible imaginar que pocos acontecimientos no dejan vestigios. Gran parte de las conductas son atrapadas(bles) en papeles, agendas, cartas, recetas, impresos, imágenes o cualquier otro soporte "(…) sobre el cual se inscriben, a una velocidad variable y según técnicas diferentes, que variarán con el lugar, la hora y el humor, alguno de los diversos elementos que componen la vida de un día. Sin embargo sólo conservamos una parte ínfima de todos esos vestigios"[9].

El paso del tiempo otorga a los documentos un valor y un poder diferente a los de su origen. Les otorga valor histórico, lo que los convierte en objetos deseados por los investigadores y coleccionadores, así como por los individuos en general. También los dota de un valor identitario, permitiendo a individuos e instituciones configurar memorias fragmentadas o violentadas. Los kalina reconstruyeron parte de su identidad como grupo al enfrentarse con las fotos de sus antepasados, recrearon sus tradiciones y reivindicaron derechos de posesión.

En los archivos de la represión, presentados en los capítulos de este libro[***], el acceso a documentos durante muchos años escondidos, negados y silenciados permite la investigación, la escritura de la historia sobre los períodos represivos. Por otro lado y no con menor fuerza, posibilita la reconstrucción de memorias "lastimadas" por la tortura, la clandestinidad y la violencia[10]. O sea, otorga herramientas y datos a los historiadores, pero también da elementos a las víctimas y afectados para legitimar memorias y reconstruir identidades.

9 Artières, Philippe. "Arquivar a própria vida". *Estudos Históricos*. Río de Janeiro: CPDOC/FGV, 1998, p. 10.

*** NT: la autora se refiere al libro en el que este artículo fue publicado originalmente: Da Silva Catela, Ludmila. "El mundo de los archivos". En: Ludmila da Silva Catela y Elizabeth Jelin (eds.). *Los archivos de la represión: documentos, memoria y verdad*. Madrid: Siglo XXI Editores, 2002.

10 Pollak, Michel. *L'expérience concentrationnaire. Essai sur le maintien de l'identité sociale*. París: Métailié, 1990.

Una vez que el archivo se dispone para los diversos usos (históricos, identitarios, reveladores de secretos y mentiras, pruebas y verdades), se borran los actos de origen y reproducción que tornan a estas instituciones un sistema de relaciones no solo documentales sino, fundamentalmente, sociales. De allí que por detrás del orden de los documentos sea decisivo aprehender el desafío de planificadores y clasificadores para conciliar el impulso a la conservación y la fatalidad del recorte, la selección y la sanción de lo guardable. La complejidad de las decisiones, disposiciones y oposiciones sobre lo que se guarda y lo que se tira, sobre las limitaciones al acceso y el resguardo de las personas, sobre la necesidad de entender y otorgar unidad a la dispersión de papeles que conforman acervos dentro de los archivos constituye, a mi juicio, un objeto de análisis que amplifica la significación del estudio de los archivos y su mundo. En él se despliega una variante del topos "clásico" que traza la relación entre las formas de clasificación y las estructuras sociales, la tensión entre lo privado y lo público, entre las costumbres de preservación en los hogares a partir de afectos y experiencias individuales-familiares y las tradiciones colectivamente transmitidas y sacralizadas en los monumentos, las bibliotecas y los archivos.

3. Los archivos como lugares de memoria y de historia

Las discusiones sobre los nexos entre los archivos, la memoria y la historia son tributarias de la teorización del *documento* en la disciplina histórica. Sin violentar como *outsider* un área de intereses teóricos tan celosos, no se puede saltear la referencia a la ruptura analítica introducida por la escuela de los *Annales:* frente a las visiones positivistas de la historia para las cuales el documento es todo y condición *sine qua non* para el desarrollo de la disciplina, Lucien Febvre y Marc Bloch plantearon una crítica sistemática a la relación positivista de la historia con los documentos e inauguraron una agenda intelectual donde en las formas de escribir la historia, el documento y por ende los archivos como lugares centralizadores de esos materiales van perdiendo poco a poco su poder totalizador (el mundo en un archivo)[11].

11 Aquí describo algunos planos del debate en torno a las transformaciones en las fuentes de la historia, trazados en el medio académico francés. Cabe aclarar que no es el único, sin embargo, lo encuentro paradigmático y eficaz para hilvanar la clase de problemas que aquí desarrollo. En otras palabras, sin querer agotar la discusión teórica escogí un conjunto de referencias útiles y generalizables a partir del debate francés.

De modo complementario y sociologizando las fuentes de reflexión de la historia, una de las características centrales de los estudios sobre memoria iniciados por Halbwachs es la afirmación de que ninguna memoria colectiva puede existir sin referencia a un cuadro espacial específico. Este precursor en los estudios sobre la memoria analiza la tensa relación entre memoria e historia. Una de sus primeras afirmaciones es que la expresión memoria histórica es poco feliz, ya que asocia dos términos que se oponen en más de un punto. Para Halbwachs, la historia comienza en el punto en el cual se borran o descomponen las memorias colectivas. En esta se expresan algunos elementos a retener: el fundamento de la memoria son los propios individuos y grupos, situados en espacios y tiempos concretos, que la conservan y la expresan en el recuerdo. Ya la historia se sostiene sobre la escritura y la referencia de acontecimientos que no necesariamente se ligan a las memorias colectivas y deben guardar coherencia con relación a esquemas cronológicos y espaciales. La historia examina los grupos desde afuera; con distancia; la memoria colectiva se produce y observa desde adentro. Para Halbwachs, “la memoria colectiva se distingue de la historia, porque es una corriente continua de pensamiento, de una continuidad que nada tiene de artificial, ya que retiene del pasado solamente aquello que todavía está vivo o es capaz de vivir en los grupos que la mantienen. La historia trabaja por secuencias tempo-espaciales y obedece a una necesidad didáctica de esquematización”. Agrega: “la historia es la compilación de hechos que ocupan el mayor espacio en la memoria de los hombres pero leídos en libros, enseñados y aprendidos en las escuelas”[12]. Sus ideas sobre la separación entre la memoria, siempre asociada a grupos, y la historia pegada a los acontecimientos nos dan pistas para entender la relación entre estas dos esferas y los archivos como un espacio doble de memorias y de historia.

A los ojos europeos, las fotos de los kalina son una serie, un fondo o acervo para la consulta de investigadores, quienes muchas veces publicarán sus trabajos sin interesarse por la existencia de las comunidades actuales. La Fototeca puede prestar las fotos a otros archivos, museos, universidades o a diversos agentes para organizar muestras y exposiciones, sin consultar a la comunidad kalina. Para los kalina, las imágenes están ligadas a su grupo, garantizan la continuidad entre el pasado y el presente, son parte de un relato que se actualiza y

12 Halbwachs, Maurice. *A memória coletiva*. [1950]. Río de Janeiro: Vértice, 1990, p. 88.

reconstruyen con el ejercicio de la memoria. Las fotos son parte de su identidad y sirven para reafirmarla y producirla.

La división historia-memoria no es solo una arbitrariedad analítica, un ejercicio de método, sino que diferencia mundos de representaciones y de prácticas relativos a los modos como se operan las relaciones entre el pasado y el presente. Los acervos documentales, luego son medios ejemplares para estudiar dichas relaciones.

Para Pierre Nora, los archivos ocupan un espacio preeminente entre los *lugares de memoria*. Estas instituciones y sus “hombres memoria”[13], como denomina a sus fundadores y directores, cristalizan de forma reveladora la doble pertenencia a la memoria y a la historia[14]. Para Nora, no muy distanciado de Halbwachs, la memoria es viva, transportada por grupos y susceptible de revitalización o suspensión. Ya la historia es la reconstrucción, siempre problemática e incompleta, de lo que ya no es. En este recorte de interpretación es donde se posiciona a los archivos como lugares de memoria y de historia. Pomian, encargado del trabajo sobre archivos dentro de la obra colectiva, diferencia niveles indispensables para traducir esta división en dos pares analíticos: *archivos-documentos* y *archivos-monumentos*[15]. Llegamos así a la doble definición del archivo: “Entre el monumento y el documento no hay corte. Son dos polos de un mismo campo continuo y uno precisa del otro. El monumento es producido para impactar la mirada del espectador y orientar su imaginación y su pensamiento hacia lo invisible, en particular hacia el pasado. El documento es producido para ser descifrado por una persona dotada de competencias idóneas y para ser situado en el conjunto de hechos visibles u observables. Pensado para ser mirado y evocar directamente el pasado, el monumento está ligado a la memoria

13 Nora, Pierre. *Les Lieux de Mémoire*, I, II y III. [1984-1992]. *Presentación*. París: Gallimard, 1997, p. 576.

14 En las discusiones sobre los *lugares de memoria*, los archivos ocupan un espacio importante del tomo sobre *Les Frances*, donde el énfasis no recae tanto en los lugares sino sobre el contenido de la memoria memory (Krakowitch, Odile. “Les archives d’aprés *Les lieux de mémoire*, passage obligé de l’Historia à la Mémoire”. *La Gazzete des Archives*, n.° 164, 1994). En la presentación al tomo sobre *Les Frances,* Nora coloca especial énfasis en la clave de interpretación “sobre el signo de la memoria” para la comprensión de la diversidad y la división. Recorre las diferencias, las fracturas, las identidades, los conflictos que implican hablar de *Les Frances*, para lo cual el conocimiento de los contenidos de la memoria se torna más significativo que el de los lugares de memoria.

15 Pomian, Krzysztof. “Les archives Du Trésor des chartes au Caran”. En: *Les Lieux de Mémoire*, III. París: Gallimard, 1997, p. 4004.

colectiva. Cuando los hechos que transmite ya no están y pertenecen al pasado, el documento sirve de intermediario que permite reconstruirlos; es un instrumento de la historia. El primero es concebido para durar en tanto que objeto de rememoración admirativa o de evocación del pasado. El segundo, producido para un uso determinado. Cuando pierde aquel uso y si no es destruido, deviene objeto de estudio. Reencontramos así la oposición ya presente en la propia etimología de los dos términos: *monumentum* ligado a *monere*, "hacer recordar", *documentum* ligado a *docere*, "enseñar, instruir". Se comprende así por qué el arquetipo del monumento es siempre un edificio, que se destaca por sus características llamativas sobre los edificios del entorno, en tanto que el arquetipo del documento no deja de ser un modesto texto escrito"[16].

Un archivo puede ser considerado *lugar de historia* cuando comporta una referencia explícita a los hechos que permiten el trabajo del historiador. Aquí los soportes documentales son instrumentos de conocimiento, *enseñan*. Como monumentos son *lugares de memoria*, cuando comportan una referencia explícita que *evoca* directamente el pasado. El monumento, más que enseñar, hace *recordar*.

Siguiendo a Pomian[17], el carácter de monumento abarca tanto a los lugares en sí como a los documentos, que comparten las propiedades de aquellos al reenviar a hechos que no son visibles. A su vez hay documentos que han sido producidos o son exhibidos como monumentos. La propiedad doble de los archivos como lugar de historia y de memoria se refuerza por la actual consideración como instituciones que no son pasivas intermediarias para la producción de historia, sino que también son activas gestoras de memorias.

Sin la intención de agotar los temas clásicos en las discusiones sobre historia, memoria y archivos[18], considero indispensable recuperar la intersección de tres planos imbricados: las lógicas de clasificación,

16 *Ib*., p. 4004.

17 *Ib*., pp. 4005-4006.

18 Además de las referencias clásicas, Halbwachs y Nora, otros investigadores incursionaron en esta discusión entre memoria e historia. Pueden consultarse, entre otros: Burke, Peter. "Historia como memória social". En: *Variedades de historia cultural*. Río de Janeiro: Civilização Brasileira, 1997; Connerton, Paul. *Como as sociedades recordam*. Lisboa: Cetal Editora, 1993; Jelin, Elizabeth. *Op. cit*.; Pinto, Júlio. "Os muitos tempos da memória". *Projeto História*, n.° 17, 1998, pp. 203-211; Pomian, Krzysztof. "Les archives Du Trésor des chartes au Caran"; *id*. "Prefacio", *Los males de la memoria. Historia y política en la Argentina*, Diana Quattrocchi-Woisson. [1955]. Buenos Aires: Emecé Editores, 1998; Thomson, Alistair; Frisch, Michael; y Hamilton,

los límites a los usos de los archivos y los agentes que intermedian en la producción de memorias, especialmente los archiveros. Desde el momento en que alguien confía un acervo a una institución con sus agentes que (re)clasifican y organizan y usuarios que demandan y utilizan. Estos planos permiten destacar que el propio acto de constitución de los archivos despliega acciones de producción y recepción. El acto de transferencia entre la donación y el legado es lo que torna posible compartir y colectivizar los procesos de recuerdo, la (re)construcción de memorias colecticas y la (re)escritura de la(s) historia(s). En la trayectoria y circulación de los documentos participan agentes diferenciados que es preciso describir en su ubicación y sus relaciones específicas: archiveros, coleccionistas, familiares, Estado, científicos, docentes, estudiantes, lectores, bibliotecarios, intelectuales, periodistas. De su interacción jerarquizada decanta la sanción de normas y leyes que en diferentes lugares y tiempos estipulan y definen qué es un archivo, qué entrará dentro de la coraza de documentos representativos de la memoria de la comunidad (local, provincial, nacional, etc.) y qué se dejará de lado por no tener "valor". Desde este ápice en la estructura jerárquica del mundo de los archivos hacia abajo, lo que la oficialización descarta puede dar lugar a la apertura de otros espacios alternativos: centros de documentación, archivos universitarios, privados, etc. Así, la descripción de un archivo es enriquecida al diferenciar el lugar que lo almacena entre las grandes instituciones y los pequeños acervos privados, entre archivos y simples colecciones anónimas de objetos no necesariamente legitimados. Esta sucesión de decisiones es, en un sentido fuerte, "positiva". Se basa en las clasificación, jerarquización y descarte de los documentos que están, de lo que hay. Lo ya destruido, lo oculto, lo no existente o documentado es una parte de la historia y de la memoria —especialmente cuando hablamos de memorias de la represión— cuya ausencia también es un "dato". Los huecos, silencios y vacíos también están en los archivos, solo que hay que aprender a percibirlos e interpretarlos.

Cuando una colección de documentos es aceptada como fondo o acervo en un archivo, comienza el arbitrario proceso de clasificación, que depende no solo de las particularidades de su contenido documental sino de todo un conjunto de representaciones y reglamentos que filtran el acceso al público. Se establece así una jerarquía de acceso a la

Paula. "Os debates sobre memória e história: alguns aspectos internacionais". En: Ferreira y Amado (orgs.). *Usos e abusos da história oral*. Río de Janeiro: FGV, 1996.

memoria[19]. La institución archivo, como cualquier otro espacio productor de memorias, es selectiva. Las formas de clasificación se objetivan en catálogos, ficheros y computadoras, que orientan y remarcan los límites al acceso: ciertos documentos pueden ser de acceso libre (en general aquellos que no implican ningún tipo de "violación a la privacidad" de las personas o de su imagen); otros de acceso limitado por ciertas cláusulas (p. ej., autorizaciones para estudios científicos) y ciertos cuerpos documentales pueden ser vedados al uso público por períodos de tiempo prefijados. La propia oposición cardinal entre memoria e historia revela la tensión reguladora de las leyes de acceso.

Si seguimos a Pomian al afirmar que la "apertura de un documento a la total y libre consulta marca el pasaje del registro de la memoria al de la historia"[20], observamos que los años que deben pasar para que su consulta sea abierta e irrestricta (en algunos casos rápidamente, en otros treinta, cincuenta o cien años) balizan una frontera entre la memoria y la historia. Por un lado, entran en estas decisiones las consideraciones políticas y de "seguridad", que promueven el secreto y la veda al acceso público. Por el otro, cuanto más relativos a la vida personal de los individuos, más restricciones temporales son normalmente colocadas[21]. Cuanto más censuras morales produzca su temática, aun cuando correspondan a papeles de Estado, los tiempos de su apertura se alargan. Un ejemplo, en Argentina, es aquel de los papeles de la Iglesia católica relativos al período militar, por los cuales se deberá esperar que cumplan treinta años para la consulta pública de sus archivos. En oposición, cuanto más distancia en tiempo e intereses observen los acervos (por ejemplo los fondos que ya arriban como "muertos" de las instituciones), más rápida será su consulta. Como la vida, los archivos están sometidos a ciclos, edades, tiempos.

19 Namer, Gerard. *Mémoire et Societé*. París: Meridiens Klincksieck, 1987.

20 Pomian, Krzysztof. "Les archives Du Trésor des chartes au Caran", p. 4010.

21 Entre la necesidad de resguardar "secretos" y el respeto por la vida privada y el derecho a la información, por un lado, y las decisiones sobre la utilidad pública de un documento, por otro, se juegan las disputas y discordancias de la reglamentación de los archivos (Pomian, Krzysztof. "Les archives Du Trésor des chartes au Caran"; Krakowitch, Odile. "Les archives d'aprés *Les lieux de mémoire*, passage obligé de l'Historia à la Mémoire"; Da Silva Catela, Ludmila. "De la expropiación a la verdad. Dilemas entre la democratización de la información y el resguardo de la vida privada en los archivos de la represión en Brasil". En: Cristina Godoy (ed.). *Historiografía y memoria colectiva. Tiempos y territorios*. Madrid: Miño y Dávila, 2002).

4. La represión y sus documentos

Aquí llamamos archivos de la represión al conjunto de objetos secuestrados a las víctimas o producidos por las fuerza de seguridad (policías, servicios de inteligencia, fuerzas armadas) en acciones represivas (allanamientos, persecución, secuestros, tortura, desaparición, asesinatos, etc.) perpetradas durante las últimas dictaduras militares en los países del Cono Sur. Muchas veces se incluye dentro de esta categoría a los acervos producidos por instituciones de derechos humanos como producto de las acciones de denuncia y de búsqueda de información relativa a hechos de la represión (Jelin, en este volumen)[****]. ¿En qué se diferencian los acervos de la represión de otros acervos documentales? ¿Por qué llaman la atención?

Los archivos de la represión, cada uno con sus características y singularidades, son un caso paradigmático en el mundo de los archivos. Primero porque afectan a buena parte de las sociedades donde fueron recuperados: al Estado y sus agentes (presidentes dictatoriales, integrantes de la fuerza de seguridad, jueces, médicos forenses, carceleros, etc.), a las víctimas (militantes políticos, sindicales, barriales y todo aquel que entraba dentro de la amplia definición de “enemigo” para el Estado y sus agentes), a los familiares y amigos de estos, a las organizaciones de derechos humanos, a las comunidades como un todo (que ve reflejada acciones y prácticas de sus ciudadanos ante la represión: delación, solidaridad, miedo, etc.).

La atracción y la repulsión que producen esos papeles se deben, entre otras cosas, a que la mayor parte de sus implicados, víctimas y victimarios, o sus familiares directos, todavía están vivos, comparten la vida en las ciudades, llevan adelante procesos judiciales, crean espacios de denuncia y de recuerdo, militan incansablemente para defender sus posiciones y reivindicar sus derechos (sobre todo en el caso de las víctimas de la represión), ponen en acción a la memoria. Esto hace que cada documento, más allá de su valor histórico o judicial, condense un valor/memoria y un valor/identitario, que acompaña y refuerza la acción militante, aunque no siempre, legitima las memorias lastimadas de aquellos que sufrieron la persecución, la cárcel en los centros clandestinos de detención, la tortura, la muerte y la desaparición.

**** NT: la autora se refiere al libro en el que este artículo fue publicado originalmente: Da Silva Catela, Ludmila. *Op. cit.*

Cada vez que miles de fichas, papeles, fotos, panfletos y cartas salen a la luz con el nombre de “archivos de la represión”, una serie de agentes se ponen en alerta. Los archivos del terror en Paraguay o los de las policías políticas en Brasil o los de la policía bonaerense en Argentina o los archivos relacionados al campo religioso, como Clamor en Brasil y la Vicaria de la Solidaridad en Chile, despertaron y despiertan la curiosidad de periodistas, la sed de justicia de las víctimas, de organizaciones de derechos humanos y abogados, el interés investigativo de historiadores, cientistas políticos, sociólogos y, por supuesto, el deseo de diversas instituciones y sus agentes en ser sus guardianes y vigías.

En cada caso podemos encontrar particularidades que los diferencian y agentes y hechos que les confieren el estatus de ser de “interés público”. En Paraguay, el hecho de que los documentos hayan revelado la existencia de un plan regional de secuestro de prisioneros pasó a ser una de las marcas centrales de su reconocimiento internacional. En el caso argentino, si bien su contenido no es muy extenso y se restringe a un sector de la policía, lo que torna tal acervo importante y “necesario” es el hecho de ser uno de los pocos encontrados en el país[22]. El archivo del Supremo Tribunal Militar brasileño se destaca, más allá del valor de su contenido, por la historia de “robo” que recubre su pasaje al espacio público. Más allá de estas características iniciales o distintivas, todos los acervos relativos a los períodos dictatoriales en el Cono Sur se buscan y se resguardan bajo la consigna de que esconden *la verdad* sobre la dictadura. Esta representación causa la creencia complementaria sobre un poder de revelación extraordinario. Tal noción recorre tanto los relatos de aquellos que los encontraron como las notas periodísticas: “Detrás de una puerta gris estaba *toda la verdad*”, afirmaba un diario argentino en noviembre de 1999, cuando se “descubrieron” los archivos de la bonaerense; “Documentos em arquivos do Estado *comprovam ação da Condor*”, reflexionaba en mayo del 2001 el titular de un diario brasileño. Los periodistas, al ser los principales mediadores en la publicidad de los documentos, son quienes

22 El caso argentino relativo a los documentos del período represivo es bastante particular. Si bien hay una constante demanda por recuperar “los archivos de las fuerzas armadas”, se le otorga poca visibilidad y por ende interés a otros archivos que ya han sido encontrados y clasificados, como por ejemplo el acervo de documentos relativos a la “Operación Claridad”, encargada de la depuración ideológica de la esfera cultural (*Clarín*, 24 de marzo de 1996), o los archivos de policías locales como los encontrados en Rosario, así como los pertenecientes a diversas dependencias universitarias del país, como los encontrados en un armario de la Facultad de Medicina de Córdoba (*Página* 12, 13 de noviembre de 1997).

comienzan a construir representaciones sobre las "verdades" que revelan esos papeles. Luego, cuando el trabajo paciente de abogados y organismos de derechos humanos comienza, por lo general solo ven confirmados relatos ya conocidos sobre la base de testimonios de víctimas, aunque esta vez "documentados" y por ende con mayor legitimidad, credibilidad y facultades para su uso como prueba judicial. En general revelan pocos datos inéditos sobre el destino de desaparecidos o muertos.

A diferencia de los usos más pragmáticos, el abordaje de estos acervos como objeto de análisis histórico, sociológico, antropológico permite hallar verdades, mentiras, errores, ambigüedades, contradicciones. Poco a poco se descubre que mucho de lo que policías y militares guardaron fueron los materiales que ellos mismos robaron y secuestraron. Los folletos, libros, cartas, apuntes, diarios, fotos que cada policía llevaba como un trofeo a los cajones y carpetas de sus archivos, como forma de prueba contra el "enemigo", hacen de estos archivos una fuente inagotable para reconstruir la historia de partidos políticos y movimientos de lucha armada, de movimientos estudiantiles y sindicales, etc. Creados para la represión, hoy estos papeles sirven para reconstruir las historias fragmentadas de sus víctimas.

Entre los documentos que se encuentran en los archivos de la represión hay, por ejemplo, declaraciones realizadas bajo tortura, o documentos que inculpan a terceros, asignados a personas concretas pero muchas veces con firmas falsificadas. Verdades o mentiras adquieren un valor diferencial cuando son nominativas, cuando se realizan apreciaciones o juzgamientos asociados a individuos, a personas allí registradas. De ser meros comentarios o notas periodísticas o apuntes de investigación, pasan así a invadir la intimidad. La publicidad de este tipo de papeles necesariamente impone un debate serio respecto a la indiferenciación de estos documentos, a la necesidad de preservar el honor y la intimidad de las personas y a imponer plazos más extensos para su publicidad o controles al acceso[23].

---

23 El caso brasileño es el que más avanzó en cuanto a las leyes y términos de responsabilidad que deben asumir los usuarios de los archivos de la represión, en términos del respeto de la intimidad de las personas que tienen parte de sus vidas documentadas en los archivos. Véase el número especial de la revista *Quadrilátero*, organizado por Pereira da Silva Hamilton. *Quadrilátero*, número especial en "Arquivos da Repressão", vol. 1, n.° 1, 1998, pp. 1-130; véase también Mendoça, Eliana (org.). *Os arquivos das polícias políticas*. Río de Janeiro: Arquivo Público do Estado, 1994; Mendonça, Eliana. "Documentação da polícia política do Rio de Janeiro". *Estudos Históricos*, vol. 12, n.° 22, 1998, pp. 379-389; y Camargo, Ana Maria. *Os arquivos da*

Abrir los acervos al público y recuperar elementos para afirmar los procesos democráticos, democratizar la información, revelar verdades, luchar contra el olvido, conservarlos como legado para las nuevas generaciones, son algunos de los intereses y argumentos que se esgrimen cuando los documentos de la represión son buscados y cuando finalmente se encuentran. Sin embargo, la cuestión relativa al resguardo de la intimidad no siempre es debatida y en ese espacio se generan conflictos y luchas. Como ya vimos, esa es la frontera entre la memoria (asociada a grupos e individuos que la portan, la defienden, la transmiten) y la historia (distante en el tiempo de los grupos e individuos).

A partir de estas características de los archivos de la represión, se pueden remarcar por lo menos cuatro elementos centrales referidos a su existencia, organización, preservación y difusión. En primer lugar, los documentos que conforman los acervos provenientes de fuerzas represivas sirven en el presente para una actividad diametralmente opuesta a su origen: producidos para inculpar, ahora pueden ser usados para compensar a las víctimas por las arbitrariedades y violaciones de sus derechos humanos cometidas durante las dictaduras militares. Para las víctimas, *estos documentos funcionan como llaves para la memoria*, ya que permiten la reconstrucción de un fragmento de sus vidas y muchas veces recomponen las identidades quebradas por la situación extrema que vivieron durante los años de represión política. En segundo lugar, estos documentos sirven para asignar responsabilidades a quienes torturaron, mataron, secuestraron, desaparecieron, así como a aquellos que dieron las órdenes e implementaron políticas represivas. En el plano jurídico, *estos documentos aportan pruebas*. En tercer lugar, *estos documentos son fuentes para la investigación histórica* de lo ocurrido. Por último, estos fondos documentales *generan acciones pedagógicas* sobre la intolerancia, la tortura, el totalitarismo político, etc.[24]

Con su llegada al espacio público, los archivos de la represión abren un nuevo ciclo de producción de sentidos sobre las acciones y consecuencias de las dictaduras militares. Se suman a otras prácticas

polícia política como fonte. São Paulo: Mimeo, 2001. Para una visión más amplia, en pos de una normativa internacional, véase González Quintana, A. “Archives of the Security Services of Former Repressive Regimes”. *Janus*, n.° 2, 1998, pp. 7-23.

24 Para González Quintana, A. *Op. cit.*, “los fondos de la represión son patrimonio de todo un Pueblo, se deben preservar de la forma más íntegra posible. En su conjunto y por extensión, son patrimonio de toda la Humanidad en cuanto pueden fortalecer su memoria sobre los peligros de la intolerancia, el racismo y los totalitarismos políticos”.

desarrolladas en los países del Cono Sur, como manifestaciones, actos, conmemoraciones, rituales, construcción de monumentos y proyectos de museos. Se suman también a la construcción institucional por su uso como pruebas en diversos ciclos de demandas de justicia (comisiones de verdad, juicios por la verdad, procesos contra torturadores para que no accedan a cargos públicos). Ordenan y activan nuevas fuentes de memoria.

Como las fotos para los Kalina y la experiencia extrema de exhibición sufrida en carne y hueso por sus antepasados, los documentos de la represión emergen con intensidad creciente en las referencias a las identidades nacionales de una diversidad de grupos en aquellos países que sufrieron y produjeron dictaduras, totalitarismos y genocidios.

5. Etnografía de archivos

Cuando fui por primera vez al Archivo Público del Estado de Río de Janeiro para iniciar mi investigación sobre los archivos de la represión no sabía muy bien por dónde empezar. Acostumbrada a la etnografía con sus modos de observación participante, la recolección de historias de vida y la participación en rituales con los grupos bajo estudio, en el archivo pedía carpetas y papeles sin orden, sin conseguir adaptar las preguntas que organizarían la construcción de un objeto de análisis coherente. El azar me jugó una buena pasada. Un simple papel desató una serie de pistas: registraba el relato de un policía que se infiltraba en las clases de Antropología en una Facultad de Río de Janeiro. Para mi sorpresa, la profesora vigilada en los años setenta había sido profesora mía en los años noventa. Al reencontrarla la llené de preguntas. La reconstrucción de hechos que desencadenó ese pequeño papel la llevó a su experiencia de vida en los "años de plomo" *(anos de chumbo)*. Al final de la charla, me dijo: "hace mucho que no recordaba todo esto… No tenía idea que esos papeles estaban en un archivo público". Así se me hizo cristalina la posibilidad de pensar los archivos como espacios de memoria.

Superadas las limitaciones metodológicas iniciales, la etnografía amplió los horizontes para observar el pasado. Incitó a desplazarme "más allá del documento" y tejer relaciones con las personas, con las vivencias, los conflictos —en fin, con la memoria—. En este sentido, una de las virtudes de los capítulos de este libro[*****] es la expresión de los

***** NT: la autora se refiere al libro en el que este artículo fue publicado originalmente: Da Silva Catela, Ludmila. *Op. cit.*

caminos que cada autor recorrió para indagar los archivos que visitaron, estudiaron, usaron. Con diferente intensidad, cada uno relata las formas en que se acercó a los documentos, las sensaciones que les produjeron el hallazgo de cartas, o papeles de personas que conocían, las relaciones que se desataron a partir de un papel, una foto; las disputas que ese conjunto de documentos, por momentos ignorados, por momentos revalorizados, generó en diversos momentos. Al resaltar los caminos del descubrimiento, la sistematización y usos de los archivos de la represión en los diferentes países del Cono Sur, se pone en relieve la variable tensión entre la memoria y la historia.

El conflicto por la memoria que relaté en la introducción aclara las tres unidades sociales que es preciso desglosar en el estudio del archivo: los kalina, a través de su asociación de representación; el Estado francés, a través de la Fototeca, y un etnógrafo que dinamizó la conexión entre ambos mundos. Un archivo puede parecer un oscuro lugar donde poco pasa hasta que un evento difuso revela los significados más profundos de su existencia. La comunicación de sentidos que canalizan los archivos tiene implicaciones directas sobre las formas de reconstrucción de las memorias y la afirmación de las identidades sociales, colectivas, nacionales, comunales. Pero los sentidos que condensa no son atemporales ni están manifiestos en cualquier momento y ante cualquier observador.

Si para el historiador el archivo es un *laboratorio*, para el etnógrafo puede ser un *observatorio*. Con su localización, historia, pobladores, instrumentos, acontecimientos y rituales, cada archivo es todo un sistema social, un mundo en sí mismo, cuyo interés no agota su descripción como lugar ligado jerárquicamente con las estructuras generadoras de poder simbólico. Tomando a Mary Douglas[25], la observación etnográfica sistemática puede permitir saber hasta qué punto las instituciones dirigen y controlan la memoria. Para el etnógrafo, el hecho que el archivo sea un lugar tan sagrado *del* historiador facilita la desnaturalización y el acercamiento a partir de la caracterización del barrio y del edificio que lo contiene, de su estructura espacial, de las personas que lo frecuentan, sus actitudes, posturas, etc.

En la etnografía del archivo, el director, los archiveros y los usuarios no solo son puntos entre documentos sino individuos jerárquicamente

25 Douglas, Mary. “As instituições lembram-se e se esquecem”. En: *Como as instituições pensam*. São Paulo: EDUSP, 1998, pp. 78; 83.

relacionados: el director y la imposición de políticas de acceso, el archivero y la actitud del guardián, el usuario y su desigual maestría para hacer uso de los recursos de que dispone la institución. Sus posiciones además se moldean en las relaciones de afinidad, tensión o alianza que pueden tejerse entre ellos y con otras instituciones de la memoria, pero sobre todo en relación con el momento histórico en el cual el etnógrafo observa y "está en el campo" del archivo objeto de su trabajo. Este tiempo moldeará las interpretaciones posibles de esa realidad y estará en relación con los procesos sociales anteriores. La circulación de documentos desencadena un circuito de producción y recepción, donde la memoria y la historia pasar a ser aprehensibles en su devenir. En otras palabras, los archivos (la historia y la memoria que potencialmente resguardan) no ocupan espacios por casualidad: el ejemplo de los Archivos Generales de la nación nos muestra esto de manera peculiar. En general ellos ocupan los corazones de sus ciudades capitales, como el Archivo Nacional de Argentina, localizado entre la calle 25 de Mayo y el Paseo Colón de Buenos Aires, o el de Río de Janeiro situado en el centro antiguo de la ciudad, frente a la Praça da República. Los antiguos y/o majestuosos edificios evocan directamente los símbolos elementales de la nacionalidad y el Estado. En los casos en que la importancia de los archivos dio lugar a la construcción de modernos edificios equipados con tecnología de punta, los modos de presentación institucional siempre recuperan las antiguas construcciones y los emblemas de la antigüedad de instituciones primordiales de la identidad nacional. La monumentalidad se traslada de los edificios a un conjunto de documentos tales como cartas constitucionales, primeros mapas, cédulas reales, diarios de guerra, censos, etc., que condensan un núcleo indiscutible, sacralizado de formas de identificación de la comunidad nacional.

Lo que es considerado central o periférico como para ocupar un lugar en un archivo general de la nación, o simplemente estar localizado en un garaje en una provincia o barrio periférico, depende de la presencia de una serie de agentes especializados (historiadores e investigadores de nombre) que buscan determinar la selección, orden y destinos de los documentos. El orden de un archivo nunca es definitivo. Siempre se trata de instituciones en cambio. Los documentos no portan en sí alguna esencia de su significación para ser archivados. Por ejemplo, ¿qué implica el hecho que el "Archivo Alberdi" no *esté* en el Archivo General de la nación argentina, sino guardado en una biblioteca de estancia en las pampas? El contenido de los archivos, en definitiva, pasa a ser un elemento entre

lugares, individuos, instituciones que en tiempos recientes se extienden en los laberintos de internet[26].

Esto implica aceptar que los documentos, las imágenes, los objetos que constituyen acervos no son restos del pasado, sino que son productos de la sociedad que los "fabrica" según las relaciones de fuerza (entre archiveros, directores de archivos y sus múltiples usuarios y formas de uso), que alrededor de ellos teje poderes[27]. Esto se refleja en la antigüedad y el prestigio del archivo, en la conformación del público usuario, en los libros, exposiciones, premios, etc., generados por el uso de sus acervos.

Por otro lado, los archivos como mundos de significación son evidencia de las transacciones de la vida humana[28], donde habrá deseos de perpetuar intencionalmente una cierta imagen, un propósito concebido que, en última instancia, se destina a la monumentalización del propio individuo, grupo o institución "archivada". O simplemente la acumulación de papeles que originariamente las instituciones preservan para su funcionamiento administrativo, cuyo objeto principal no es la creación de una imagen, sino la posibilidad de ejecutar las tareas administrativas y dar orden a los casos que las afectan. Ambas formas se juntan cuando llega el momento de la clasificación y el orden dado, ya no en sus lugares de origen, sino en las instituciones que pasarán a custodiarlos. Allí los documentos adquirirán otros significados de acuerdo al tiempo histórico, las formas y maneras de usos, así como el peso que pasarán a tener para darle legitimidad y visibilidad al espacio donde fueron destinados. Por último, en esa cadena de producción y

26 Actualmente existen varios sitios de internet con documentos que hasta hace poco eran "secretos", como aquellos que los Estados Unidos desclasificaron sobre las dictaduras latinoamericanas, algunos archivos rusos y de países del este. Los archivos sobre América Latina involucran a diversos países y monumentos históricos. Por ejemplo, sobre Chile y el derrocamiento de Allende puede consultarse: <www.foi.state.gov>. También en el mundo de internet podemos conocer el ambicioso proyecto de la UNESCO sobre la Memoria del Mundo que tiene como principal objetivo preservar y promover el patrimonio cultural mundial. Consideran que preservar la herencia documental e incrementar su acceso son dos ejes que se complementan entre sí. Para esto, el Programa Memoria del Mundo pretende lograr concientizar a los Estados miembros de su herencia documental, en particular, de aspectos de ese patrimonio que sean significativos en términos de una memoria mundial común. Este Programa puede consultarse en: http://.unesco.org/Webworld/memory/.

27 Le Goff, Jacques. *Documento-Monumento*. Lisboa: Imprensa Nacional, 1984; Foucault, Michel. "El enunciado y el archivo". En: *Arqueología del saber*. México D. F.: Siglo XXI Editores, 1994.

28 Cook, Terry. *Op. cit.*

recepción, las formas de uso del archivo derivarán en diversos productos o utilidades que le darán mayor visibilidad, legitimidad o simplemente lo relegarán en el olvido y el silencio.

Se puede decir entonces que los archivos son construcciones sociales múltiples, que reúnen una diversidad de instituciones y agentes que vieron y conservaron papeles, fotos, imágenes de un tiempo, un lugar, una clase social, géneros, etnias. Son también la suma de las voluntades de preservación y de luchas por el reconocimiento legítimo de esos vestigios dotados de valor social e histórico en una comunidad o sociedad. Nada de lo que las familias, los científicos, los hombres de Estado y las instituciones archivan es imparcial o neutro; todo trae la marca de las personas y acciones que los salvaron del olvido; todo es conformado, representado, simbolizado, resignificado en el transcurso entre aquel que actuó y habló, fotografió, filmó, escribió y aquel que registró, imprimió, conservó, clasificó y reprodujo.

La ida al archivo no es pasiva y no hay dos individuos o situaciones de un mismo individuo que la reproduzcan de la misma manera. Preguntarnos sobre los archivos, cuestionar las imágenes más comunes sobre lugares que guardan papeles viejos o que solo interesan a los aficionados por historias antiguas o a los historiadores es un tema crucial que enriquece etnográficamente el conocimiento de los lugares de la historia y puede descubrir un mundo de relaciones que antes de evidenciar la vida de otros (aquellos referidos en los documentos) retrata el mundo de los seres que los habitan y hacen de ellos un lugar de enigmas, poderes y representación del mundo.

PARTE IV
REPARACIONES Y REFORMAS INSTITUCIONALES



JUSTICIA Y REPARACIONES*

*Pablo de Greiff***

El propósito de este capítulo es articular una concepción de justicia que pueda aplicarse a esfuerzos masivos de reparación. Esta tarea es particularmente urgente porque, si existe una comprensión

* Artículo publicado originalmente en De Greiff, Pablo. "Justice and Reparations", *Handbook of Reparations*, ed. Pablo de Greiff, Oxford University Press, Nueva York, 2006. La versión en español fue publicada previamente en *Reparaciones para las víctimas de violencia política: estudios de caso y análisis comparado*, Catalina Díaz (org.), Bogotá: ICTJ, 2008. © 2006 Oxford University Press. Traducido y publicado con permiso.

** Mi primera elaboración de algunas de las ideas presentadas aquí se encuentra en el documento *Parámetros para el diseño de un programa de reparaciones en el Perú*, (septiembre de 2002) elaborado para el ICTJ en colaboración con la Asociación Pro Derechos Humanos (APRODEH), para discusión en Perú. Desde entonces, esta conceptualización de las reparaciones ha sido adoptada —y adaptada —en el capítulo sobre reparaciones de la Comisión de la Verdad y Reconciliación de Perú (véase Comisión de la Verdad y Reconciliación, *Informe Final* (Lima, 2003), vol. 9, cap. 2), por la Comisión sobre Prisión Ilegal y Tortura en Chile (véase Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura (Santiago, 2004), cap. 9), por la Comisión de Verdad y Reconciliación de Sierra Leona (véase *Report of the Truth and Reconciliation Commission for Sierra Leone* (presentado al presidente de Sierra Leona el 5 de octubre de 2005), vol. 2, cap. 4), y por diversos documentos internacionales, como por ejemplo, "Independent Study on Best Practices, Including Recommendations to Assist States in Strengthening their Domestic Capacity to Combat All Aspects of Impunity", de Diane Orentlicher, ONU Doc. E/CN.4/2004, 27 de febrero de 2004.

Agradezco a mis socios del proyecto ICTJ-APRODEH: Arturo Carrillo, Alex Segovia, Julie Guillerot, Humberto Ortiz y Lisa Magarrell. Algunas conversaciones reales y unas pocas conversaciones imaginarias con Lisa me obligaron a aclarar mi posición, así que tengo una especial deuda con ella. Presenté una versión preliminar de este artículo en el ICTJ; la Universidad de California, Riverside; Queens University, Kingston, Ontario; The Carnegie Council on Ethics and International Affairs en Nueva York; en reuniones con autores que participaron en este proyecto en el Centro de Conferencias de la Rockefeller Foundation, Bellagio, Italia; en una reunión, organizada por el International Development Research Center (IDRC), Ottawa; en la Universidad de Brown; en un evento organizado por International Peace Academy en Pocantico; y ante la Corte Penal Internacional en La Haya. Agradezco a todas las personas que comentaron y discutieron este artículo así como a las instituciones mencionadas. Las opiniones expresadas aquí no necesariamente representan la posición del ICTJ.

"común" o corriente de las reparaciones, esta se encuentra fuertemente influenciada por una comprensión "jurídica" del término. Si bien no tengo interés alguno en elaborar una crítica de los enfoques jurídicos a los problemas transicionales, la aproximación jurídica a las reparaciones es problemática, no por su naturaleza jurídica *per se*, sino porque se trata de una comprensión que ha sido desarrollada, por buenas razones, con miras a la resolución de casos relativamente aislados[1]. A diferencia de este enfoque, el propósito de este artículo—y de este proyecto de investigación en general— es pensar sobre qué es justo, apropiado y eficiente en la resolución de casos masivos y sistemáticos de abuso.

Por lo tanto, comenzaré con un modesto esfuerzo por establecer alguna claridad semántica, intentando al menos distinguir entre dos contextos diferentes del uso del término "reparaciones" (sección 1). Luego procedo a una breve discusión sobre lo que puede significar la justicia en las reparaciones cuando la idea es resarcir un gran número de casos, por oposición a casos individuales, aislados. Discuto algunos de los problemas que surgen cuando solo se trasplanta el ideal de la compensación en proporción al daño desde su hogar natural, la resolución de casos judiciales individuales, para usarlo como un criterio de justicia en el contexto de casos masivos. En vez de lo anterior, yo argumento en favor de pensar en la justicia en el contexto de casos masivos en términos del logro de tres objetivos, a saber, reconocimiento, confianza cívica y solidaridad social —tres objetivos que, como veremos, están íntimamente relacionados con la justicia (sección 2)—. Finalmente, sin pretender en ningún momento que se pueda diseñar un modelo de un programa de reparaciones únicamente desde una perspectiva teórica, intento arrojar luz sobre las ventajas y desventajas básicas que acompañan a algunas de las decisiones que se debe tomar en el proceso

1 A pesar de las dificultades relacionadas con el esfuerzo por trasplantar el enfoque judicial a la resolución de casos masivos, los litigios sobre reparaciones, tanto ante las jurisdicciones nacionales como ante las regionales, tales como la Corte Interamericana y la Corte Europea, pueden desempeñar un papel de enorme importancia en las reparaciones masivas. En primer lugar, tales litigios operan como catalizadores para la adopción de un programa de reparaciones. Puede argumentarse que esto sucedió en Argentina y Perú, y posiblemente suceda también en Guatemala. En segundo lugar, a pesar de que satisfacer el criterio jurídico de justicia en las reparaciones sea prácticamente imposible en casos masivos, este criterio puede ser utilizado por las víctimas y sus representantes con el fin de ejercer presión para obtener mayores beneficios. Dada la habitual reticencia de los Gobiernos en general para establecer programas de reparaciones, esta ventaja resulta particularmente importante.

de construir un programa incluyente y coherente de reparaciones (sección 3).

1. Aclaración conceptual: el significado del término

Comienzo por centrarme en un hecho que, por sorprendente que pueda parecer, no ha recibido hasta ahora suficiente atención en las discusiones sobre reparaciones, esto es, que hay dos contextos diferentes del uso del término "reparaciones" (y que, dentro de cada uno de ellos, el término se utiliza de maneras diferentes.) El primer contexto es el jurídico, especialmente el contexto del derecho internacional, en el cual el término se emplea en un sentido amplio para referirse a todas aquellas medidas que se pueden adoptar para resarcir los diversos tipos de daño que puedan haber sufrido las víctimas como consecuencia de ciertos crímenes[2]. La amplitud del significado del término "reparaciones" en este contexto puede apreciarse cuando consideramos las diversas formas que pueden adoptar las reparaciones de acuerdo con el derecho internacional.

Estas incluyen:

– *Restitución*, que se refiere a aquellas medidas que buscan restablecer el *statu quo ante* de la víctima. Estas medidas van desde la restauración de derechos tales como la ciudadanía y la libertad, pasando por la restitución del empleo y otros beneficios, hasta la restitución de propiedades.

– *Compensación*, que se refiere a aquellas medidas que buscan compensar los daños sufridos a través de la cuantificación de los daños, donde el daño se entiende como algo que va mucho más allá de la mera pérdida económica e incluye la lesión física y mental y, en algunos casos, también la lesión moral.

– *Rehabilitación*, que se refiere a medidas que proveen atención social, médica y psicológica, así como servicios legales.

– *Satisfacción y garantías de no repetición*, que constituyen categorías especialmente amplias, pues incluyen medidas tan

2 Véanse los textos de Falk (cap. 13) y Carrillo (cap. 14) en *The Handbook of Reparations*, Pablo de Greiff, ed. ICTJ (Oxford: Oxford University Press, 2006). Véanse también los artículos que aparecen en *State Responsibility and the Individual: Reparation in Instances of Grave Violations of Human Rights*, Albrecht Randelzhofer y Christian Tomuschat, eds. (La Haya: Martinus Nijhoff Publishers, 1999).

disímiles como el cese de las violaciones, verificación de hechos, disculpas oficiales y sentencias judiciales que restablecen la dignidad y la reputación de las víctimas, plena revelación pública de la verdad, búsqueda, identificación y entrega de los restos de personas fallecidas o desaparecidas junto con la aplicación de sanciones judiciales o administrativas a los autores de los crímenes, y reformas institucionales[3].

El otro contexto en el que se usa habitualmente el término "reparaciones" es en el diseño de programas (esto es, conjuntos más o menos coordinados de medidas de reparación) de cobertura masiva. Por ejemplo, puede decirse que Alemania, Chile y Argentina han establecido "programas de reparaciones"[4]. En este contexto, y a pesar de las relaciones que cada uno de estos programas pueda tener con otros esfuerzos por obtener justicia, el término se utiliza en un sentido más restringido. Aquí, el término "reparaciones" se refiere a los esfuerzos para ofrecer beneficios directamente a las víctimas de cierto tipo de crímenes. En este sentido, los programas de reparaciones no consideran la revelación de la verdad, la justicia penal o la reforma institucional, por ejemplo, como parte de las reparaciones.

Las categorías utilizadas para analizar las reparaciones en el contexto del diseño de programas son diferentes de aquellas propuestas por el derecho internacional. En este contexto, las dos distinciones

3 Véase, por ejemplo, Theo van Boven, "Study Concerning the Right to Restitution, Compensation and Rehabilitation for Victims of Gross Violations of Human Rights and Fundamental Freedoms". Comisión de las Naciones Unidas sobre Derechos Humanos, Subcomisión sobre la Prevención de la Discriminación y la Protección de las Minorías, ONU Doc. E/CN.4.Sub.2/1993/8. Actualizaciones más recientes no han cambiado estas categorías. Para una interesante discusión del desarrollo de estos principios, véase Dinah Shelton, "The United Nations Draft Principles on Reparations for Human Rights Violations: Context and Contents", en *Out of the Ashes: Reparation for Victims of Gross and Systematic Human Rights Violations*, Marc Bossuyt, Paul Lemmens, Koen de Feyter y Stephan Parmentier, eds. (Antwerp: Intersentia, 2005).

4 En mi artículo "Reparation Efforts in International Perspective: What Compensation Contributes to the Achievement of Imperfect Justice", en *To Repair the Irreparable: Reparation and Reconstruction in South Africa,* Charles Villa-Vicencioy Erik Doxtader, eds. (Cape Town: David Phillips, 2004), distingo entre "esfuerzos de reparación" y "programa de reparaciones" de manera más precisa; esta última expresión debería reservarse para designar iniciativas que se diseñan, desde un comienzo, como un conjunto sistemáticamente interrelacionado de medidas de reparación. La mayoría de los países no tienen programas de reparaciones en este sentido. Los beneficios de reparación son, en la mayor parte de los casos, resultado de iniciativas específicas que se dan de manera gradual, y no tanto en respuesta a un plan deliberadamente diseñado. Al no hacer daño alguno, intercambiaré ambas expresiones.

fundamentales son entre reparaciones materiales y simbólicas, y entre la distribución individual o colectiva de cualquier clase de estas. Las reparaciones materiales y simbólicas pueden adoptar diversas formas. Las reparaciones materiales pueden adoptar la forma de compensaciones, esto es, de pagos, bien sea en efectivo o en instrumentos negociables, o de paquetes de servicios, los cuales, a su vez, pueden incluir la provisión de educación, salud y vivienda. Las reparaciones simbólicas pueden incluir, por ejemplo, disculpas oficiales, rehabilitación, el cambio de nombre de espacios públicos, la creación de días de conmemoración, la construcción de museos y parques dedicados a la memoria de las víctimas, etc.

Hay, entonces, dos contextos diferentes de uso del término “reparaciones”, que difieren significativamente entre sí. En el ámbito de las definiciones, la pregunta fundamental no se refiere tanto a la corrección de una definición en particular sino, más bien, a las ventajas relativas de comprender un término de una manera particular. En el caso que nos ocupa, la ventaja de la amplitud de la comprensión jurídica del término reside en el hecho de que ofrece un incentivo para diseñar programas de reparaciones coherentes con otras medidas de justicia, tema al que regresaré en breve. No obstante, la amplitud de esta comprensión tiene también un precio: es muy difícil que un programa de reparaciones pueda ser diseñado desde un comienzo de manera que incluya, como partes de un único programa, todas las medidas que el derecho internacional contempla como formas de reparación.

El uso más restringido del término, característico de las discusiones sobre el diseño de programas, tiene también ventajas y desventajas. Una de sus ventajas es que sugiere ciertos límites a las responsabilidades de quienes están encargados de diseñar tales programas, lo cual hace, en principio, factible su tarea. No obstante, este uso más restringido plantea el peligro de que el programa de reparaciones carezca completamente de relación con otras medidas de justicia. Aun cuando insisto en la importancia de preservar los vínculos entre un programa de reparaciones y otras medidas de justicia en épocas de transición, defiendo el uso del término “reparaciones” en el sentido más restringido arriba descrito, esto es, para designar medidas que ofrecen beneficios directamente a las víctimas. Este uso contrasta con medidas que pueden tener efectos reparadores, y que pueden ser muy importantes (tales como el castigo de los perpetradores de los crímenes, o las reformas institucionales), pero que no otorgan beneficios directos a las propias víctimas.

2. Consideraciones normativas: los objetivos de los programas de reparaciones

2.1. Las reparaciones como proyecto político

Ahora bien, estas diferencias de uso están, desde luego, motivadas; no son simplemente arbitrarias. Parte de la motivación que subyace a ellas es de carácter funcional; en el contexto jurídico, el significado del término está vinculado con el objetivo específico que se busca en escenarios judiciales, que es obtener justicia para personas individuales, ahí donde los medios para alcanzar la justicia, a saber, el enjuiciamiento de casos aislados, tienen un impacto sobre el contenido concreto de la justicia. Esta aproximación al concepto de justicia difiere significativamente de aquella que pueden y deben adoptar las personas responsables de diseñar programas de reparaciones. Los tribunales no tienen más opción que considerar cada caso en sus propios términos[5]. Por el contrario, quienes están encargados de diseñar un programa masivo de reparaciones deben responder a un universo de víctimas más amplio y complejo, y deben utilizar, necesariamente, métodos y formas de reparación adecuados a estas circunstancias.

Aun cuando las reparaciones son medidas legales bien establecidas en diferentes sistemas en todo el mundo, en los períodos de transición las reparaciones buscan, en última instancia, como lo hacen la mayor parte de las medidas transicionales, contribuir (modestamente) a la reconstitución o constitución de una nueva comunidad política. En este sentido también, la mejor manera de concebirlas es como parte de un proyecto político[6].

Hay dos razones fundamentales que justifican pensar en las reparaciones en relación con una agenda política más amplia, y no en

5 Excepto, desde luego, cuando se manejan demandas masivas. Hay interesantes paralelos entre las demandas masivas y los programas de reparaciones, incluyendo un cambio similar en la comprensión de lo que es justo para demandantes individuales. No puedo desarrollar aquí estos paralelos.

6 Cuando se sostiene que las reparaciones forman parte de un proyecto político, se supone que lo “político” se refiere, entre otras cosas, al ejercicio del poder (idealmente deliberativo) en la distribución de bienes y beneficios públicos para beneficio de todos, y no al ejercicio partidista del poder para el bienestar de unos pocos. André du Toit es un defensor influyente del papel constitutivo de las comisiones de la verdad y de sus recomendaciones. Véase su artículo “The Moral Foundations of the South African TRC”, en *Truth v. Justice*, Robert Rothberg y Dennis Thompson, eds. (Princeton, NJ: Princeton University Press, 2001), 122-40.

términos de un enfoque jurídico limitadamente concebido[7]. En primer lugar, y desde un punto de vista negativo, un programa masivo de reparaciones no puede reproducir los resultados que se obtendrían en el sistema jurídico porque todos los sistemas jurídicos operan bajo el supuesto de que el comportamiento de violación de las normas es relativamente excepcional. Pero este no es el caso cuando se diseñan programas de reparaciones, pues tales programas intentan responder a violaciones que, lejos de ser poco frecuentes y excepcionales, son masivas y sistemáticas. Las normas del sistema jurídico típico no están concebidas para esta clase de situación. Vale la pena señalar que este problema no está limitado a las jurisdicciones nacionales. La mayoría de los tratados de derechos humanos han sido concebidos y configurados para responder a violaciones de manera individualizada, y no a través de programas masivos[8]. El derecho internacional general tampoco ha formulado normas o principios claros sobre este tema. En cualquier caso, la capacidad del Estado para resarcir a las víctimas caso por caso se ve desbordada cuando las violaciones dejan de ser la excepción y se vuelven muy frecuentes. Regresaré a este punto en breve.

En segundo lugar, y desde un punto de vista positivo, adoptar una perspectiva política sobre las reparaciones abre la posibilidad de perseguir objetivos a través del programa de reparaciones que serían más difíciles de buscar si el único objetivo del programa fuese resarcir a las víctimas de acuerdo con una fórmula jurídica. Algunos de estos objetivos, como lo argumentaré a continuación, están relacionados con una concepción amplia de la justicia que va más allá de la satisfacción de reclamos individuales, y que incluye reconocimiento, confianza cívica y solidaridad social[9].

7 Sobra decir que al argumentar en favor de una aproximación “política” a las reparaciones no estoy negando que también haya un derecho a la reparación, en términos *jurídicos*. El objetivo de mi crítica no es intentar trasplantar el criterio jurídico de la plena restitución —y los procedimientos que acompañan la aplicación de este criterio— del ámbito de la resolución de casos individuales al ámbito de programas que se ocupan de un número masivo de casos. Debe resultar evidente también que nada en mi argumento suscita dudas acerca de la necesidad de dar expresión jurídica a las medidas de reparación.

8 Christian Tomuschat, “Individual Reparation Claims in Instances of Grave Human Rights Violations: The Position under General International Law”, en Randelzhofer y Tomuschat, *op. cit*.

9 El cambio que implica la atribución de estos objetivos a los programas de reparaciones es más “reconstructivo” que descriptivo”. Por lo tanto, no sostengo que estos sean los objetivos que los programas de reparaciones se han propuesto sino, más bien, que tiene

2.2. Justicia

El objetivo más general de un programa de reparaciones es hacer justicia a las víctimas. El problema, desde luego, es, ¿qué deberían recibir en justicia las víctimas?

Quizá, en lugar de aproximarnos al problema en el vacío, sería más fácil comenzar por examinar qué tienen que decir el derecho y la jurisprudencia internacionales acerca del asunto. Sobra decir que aquí solo podré hacerlo de la manera más somera[10]. Parece haber un creciente consenso entre los abogados internacionalistas acerca del derecho a reparación que tienen las víctimas de violaciones de derechos humanos. Este consenso emergente se fundamenta, en parte, en el principio general de que todas las violaciones del derecho internacional conllevan algunas responsabilidades. Pero ¿responsabilidad de hacer qué? Esto es lo que dicen algunos instrumentos de derechos humanos: el artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos habla de "compensaciones efectivas"[11]. El artículo 10 de la Convención Americana de "compensación adecuada", el artículo 63 de "compensación justa", y el artículo 68 de "daños compensatorios"[12]. El artículo 9 del pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos incluye vocabulario acerca de "un derecho exigible a la

sentido pensar que deberían ser aquellos que buscan, y que dada la estrecha relación entre estos objetivos y el objetivo de alcanzar justicia, son los fines que *deberían* luchar por alcanzar los programas de reparaciones. Incidentalmente, la posibilidad de que los programas de reparaciones puedan hacer una modesta contribución al logro de objetivos políticos más amplios explica algunas de mis reservas iniciales sobre la tendencia a judicializar las discusiones sobre reparaciones. La discusión sobre las reparaciones para los afroamericanos en los Estados Unidos evidencia esta creciente tendencia a judicializar asuntos políticos, y no solo en los Estados Unidos. Desde luego, la motivación que lleva a hacerlo no es objetable, especialmente si se consideran los obstáculos que sería necesario superar para obtener una solución política a este problema. No obstante, el caso a la vez ilustra y afianza aquello que, finalmente, es una actitud sospechosa frente a la política, una actitud que no es un síntoma positivo en una democracia. Para un análisis muy útil de este problema, véase Thomas McCarthy, "*Vergangenheits bewältigung* in the US: On the Politics of Memory of Slavery", *Political Theory* 30 (2002): 623-48, y "Coming to Terms with Our Past, Parte II: On the Morality and Politics of Reparations for Slavery", *Political Theory* 32 (2004): 750-72.

10 Los trabajos de Falk y Carrillo en *The Handbook of Reparations*, Pablo de Greiff, ed. ICTJ (Oxford: Oxford University Press, 2006) abordan el tema específicamente.

11 Declaración Universal de los Derechos Humanos, ONU Doc. A/RES/217A (III) del 10 de diciembre de 1948.

12 "American Convention on Human Rights, OEA. Treaty Series n.° 36, 1144 U.N.T.S 123" que entró en vigencia el 18 de julio de 1978, reproducida en *Basic Documents Pertaining to Human Rights in the Inter-American System*, OEA/Ser.L.V/II.82 Doc. 6 rev. 1 en 25 (1992).

compensación”[13], el artículo 14 de la Convención contra la Tortura habla de una “compensación justa y adecuada, incluyendo los medios para una rehabilitación tan completa como sea posible”[14] y el artículo 50 de la Convención Europea sobre “justa satisfacción para la víctima”[15].

Esto, desde luego, no dirime el asunto. ¿Qué significan, exactamente, las expresiones “compensaciones efectivas”, “compensación justa y adecuada” y “justa satisfacción”? De nuevo, tal vez sea más fácil aproximarnos al tema mediante el examen de lo que diferentes organismos responsables de la interpretación de estas normas han dicho acerca de él. Tanto el sistema interamericano de derechos humanos como el sistema europeo han tratado extensamente el problema; los tribunales de ambos sistemas han decidido más de cien casos que involucran reparaciones. Aun cuando hay diferencias importantes entre las sentencias en ambos sistemas, no me ocuparé de ellas aquí[16]. En general, puede decirse que coinciden en la siguiente interpretación de “compensación justa y adecuada” y otros términos afines: el ideal que anima las reparaciones es la “plena restitución” *(restitutio in integrum)*, esto es, la restauración del *statu quo ante*. En casos en los que esto es imposible, por ejemplo, cuando ha ocurrido una muerte, se requiere compensación y esto significa, para la Corte Interamericana, por ejemplo, que es necesario compensar daños materiales y morales. Pagar por daños materiales y morales significa cubrir “cualquier daño de valor económico, tales como daños físicos o mentales, dolor psicológico o sufrimiento, costo de oportunidad, pérdida de salarios y de la capacidad de ganarse la vida, gastos médicos razonables y otros gastos de rehabilitación, daños a bienes y comercio, incluyendo ganancias perdidas, daños a la reputación o a la dignidad, y honorarios razonables de especialistas”[17]. Procedimentalmente, la Corte ha calculado estos daños proyectando los ingresos de la víctima, multiplicándolos por

13 *International Covenant on Civil and Political Rights*, ONU Doc. A/RES/2200A (XXI) del 16 de diciembre de 1966.

14 *Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, ONU Doc.A/RES/39/46 del 10 de diciembre de 1984.

15 *The European Convention on Human Rights*, Consejo de Europa, Roma, 4 de noviembre de 1950.

16 Para un estudio útil pero teóricamente limitado, véase Dinah Shelton, *Remedies in International Human Rights Law* (Oxford: Oxford University Press, 1999).

17 Víctor Rodríguez Rescia, “Reparations in the Inter-American System for the Protection of Human Rights”, *ILSA Journal of International Comparative Law* 5(3) (1999): 583601, en 594.

lo que quede de su vida laboral (sobre la base de promedios nacionales de expectativa de vida y de vida laboral), y restando el 25% de esta suma (suponiendo que esta sería la parte de ingresos que la víctima habría consumido para su uso personal y, por lo tanto, no estaría disponible para sus familiares). En casos en los que resulta difícil estimar los ingresos de la víctima, la Corte ha utilizado las cifras correspondientes a salarios mínimos nacionales y, al menos en un caso, en el que determinó que el salario mínimo nacional era excesivamente bajo, llegó incluso a utilizar el promedio de los salarios mínimos regionales[18]. A esta suma, la Corte Interamericana ha agregado luego su cálculo de los daños subjetivos o "morales", que intentan compensar el dolor y el sufrimiento. En síntesis, las sentencias de la Corte han requerido típicamente pagos entre US$ 150.000 y US$ 200.000 por víctima[19].

Ahora bien, en el caso aislado de una violación de derechos humanos, este ideal de la reparación completa *(restitutio in integrum)*, entendido en términos de la restauración del *statu quo ante* o de compensación en proporción al daño sufrido, es incontrovertible. Su justificación debe ser evidente: desde la perspectiva de las víctimas y sobrevivientes, intenta neutralizar las consecuencias de la violación que han sufrido. Desde otra perspectiva, el ideal espera impedir a los autores de los crímenes disfrutar cualquier beneficio que hayan derivado de sus acciones criminales, o bien obligar al Estado a asumir responsabilidad por haber permitido, mediante actos u omisiones, que ocurrieran ciertas violaciones.

Sin embargo, hay circunstancias en las cuales este ideal no es realizable, bien sea por limitaciones insuperables, tales como la imposibilidad de regresar a alguien a la vida, o debido a limitaciones que, aun cuando no son absolutas, sí son graves tales como una real escasez de recursos tal que no hace factible satisfacer, simultáneamente, los reclamos de todas las víctimas y los de otros sectores de la sociedad que, en justicia, exigen también la atención del Estado[20].

18 Véanse los siguientes casos: *El Amparo, Panel Blanca, Castillo Páez, Niños de la Calle, Ricardo Baena, Bámaca Velásquez, Barrios Altos*. En *Neira Alegría*, la Corte decidió utilizar el promedio de los salarios latinoamericanos, al considerar que el salario mínimo peruano era excesivamente bajo.

19 Arturo Carrillo, en el artículo mencionado anteriormente, examina en detalle los criterios y procedimientos utilizados por la Corte.

20 La idea de compensación en proporción al daño desconoce tres problemas muy reales. Primero, la cuantificación del daño. El ideal de restaurar íntegramente a las víctimas supone que los daños pueden medirse de alguna manera confiable.

Permítanme ilustrar con un ejemplo concreto algunos de los problemas generados por la interpretación prevaleciente de "compensación adecuada". Quiero decir no solo que falla en ofrecer orientación, sino que puede, de hecho, tener efectos perniciosos.

Mientras la Comisión de la Verdad y Reconciliación de Perú discutía sus recomendaciones para las reparaciones, la Comisión Interamericana y la Corte continuaban decidiendo casos de tortura y de desapariciones en el país, proveyendo las habituales compensaciones que implicaban pagos entre US$ 150.000 y US$ 200.000 por víctima. Estas decisiones constituían el telón de fondo respecto del cual la CVR estaba articulando su posición sobre las reparaciones, lo cual, desde luego, despertó la expectativa de que recomendaría un plan de reparaciones con medidas análogas. Pero, naturalmente, no era posible que lo hiciera. Si el plan aspiraba a seguir los criterios de la Corte Interamericana, suponiendo que daría a cada una de las familias de más de 69.000 víctimas de asesinato US$150.000,

---

Debería ser evidente que esto no es tan sencillo. Para ilustrar lo anterior, una de las preguntas pertinentes es cómo asignar valores a diferentes clases de daños. ¿Qué es más "costoso": la pérdida de un miembro, o la de un ojo, por ejemplo, el trauma psicológico o la tortura? ¿Cómo pueden compararse los costos relativos de los daños físicos y psicológicos? ¿Y aquellos que provienen de la pérdida de un familiar? ¿Cómo pueden razonablemente evaluarse estos costos? El segundo reto surge de dificultades derivadas de las comparaciones interpersonales. Este reto se da, en última instancia, porque hay una diferencia fundamental entre pérdidas y daños; dos personas que sufren la misma pérdida no necesariamente están afectadas por el mismo daño, pues los daños dependen, en cierta medida, de la reacción de la persona a las circunstancias. Por ejemplo, no todas las personas que pierden una mano reaccionan de la misma manera. Incluso si tener ambas manos es igualmente importante para dos personas —un caso hipotético donde ambas son trabajadores manuales— es posible que esta experiencia suma a una de ellas en la depresión, mientras que la otra quizá viva esta experiencia como un reto, doloroso desde luego, pero que está decidida a superar. Finalmente, para demostrar que incluso reparaciones que en apariencia se basan en cálculos de ingresos anteriores y el potencial para ganar dinero tienen cierto grado de arbitrariedad, considérese que deben depender de generalizaciones y de presuposiciones cuestionables. La presuposición más cuestionable es que el mundo permanece en un estado constante. Cuando se calcula el ingreso de toda una vida, se da por sentado que no habrá fuertes ciclos económicos, que la demanda de profesionales en determinada carrera permanecerá estable (el uso de un "factor de riesgo de desempleo" en los cálculos de ingresos potenciales para toda la vida no neutraliza la necesidad de hacer suposiciones sobre la estabilidad económica en general o la demanda), que la persona en cuestión no habrá muerto antes de la edad promedio esperada, que no se habrá convertido en un alcohólico, un fracasado, etc. Las generalizaciones se refieren, entre otras cosas, a cálculos sobre los ingresos promedio proyectados para diferentes profesiones, que son notoriamente sensibles, por ejemplo, a la ubicación geográfica. No puedo extenderme aquí acerca de estas dificultades, pero ciertamente vale la pena resaltarlas. En la conferencia en la Universidad de California, Riverside, donde presenté una versión inicial de este capítulo, Debra Satz discutió este último conjunto de complicaciones.

sin contar con ninguno de los servicios adicionales que la Corte habitualmente exige, la suma total habría ascendido a más de US$10 mil millones. Ahora bien, el presupuesto nacional total del Perú para el 2003 era cerca de US$9 mil millones. Esto significa que solo esta parte del plan de reparaciones habría consumido más de la totalidad del presupuesto anual de la nación. Evidentemente, esto era completamente irrealizable para el país, incluso si los costos se hubiesen distribuido a lo largo de varios años, e incluso si el plan de reparaciones hubiera contado con un apoyo político incondicional (con el que no contó, por diversas razones, incluyendo la percepción generalizada de que el plan daría beneficios a un gran número de personas a quienes se consideraba que no los merecían, personas que no tenían "las manos limpias"). Durante largo tiempo hubo la muy fuerte posibilidad de que, dadas estas expectativas, cualquier cosa que hubiera propuesto la CVR habría sido una enorme decepción. Y, dado el impacto que tienen las percepciones acerca de reparaciones sobre la evaluación que hace la gente del éxito o fracaso del trabajo *general* de una comisión de la verdad, este no es un asunto insignificante. En Sudáfrica, por ejemplo, el hecho de no haber implementado las recomendaciones de la CVR sobre las reparaciones ha afectado la percepción general de su éxito, ¡a pesar de que la CVR en Sudáfrica no era responsable en absoluto de la implementación del plan![21]

Sin embargo, el hecho de que no exista ningún programa de reparaciones transicional o postconflicto que haya conseguido reparar a las víctimas en proporción al daño sufrido, el que la cuantificación misma de estos daños sea problemática, y que incluso la idea misma de que esto debería intentarse pueda generar expectativas irrealizables, no son los únicos problemas que acompañan el esfuerzo de importar dicho criterio de justicia al ámbito de los programas masivos. En última instancia, pienso que hay una diferencia entre, por una parte, conceder reparaciones dentro de un sistema jurídico básicamente operante del cual, en casos relativamente aislados de abuso, puede decirse que hubiera debido y podido desempeñarse mejor y, por otra parte, conceder reparaciones en un sistema que, de maneras fundamentales, precisamente porque condonó o porque hizo posible patrones sistemáticos de abuso, necesita ser reconstruido (o, como sucede en algunos países, construido por primera vez.) En el primer caso, tiene sentido que el criterio de justicia se vea colmado por el objetivo de reparar el daño *particular* sufrido por la víctima *particular* cuyo caso

21 Véase Colvin sobre el caso de Sudáfrica en *The Handbook of Reparations*, *op. cit*. (cap. 5).

se presenta ante el tribunal. En el caso de abusos masivos, sin embargo, un interés en la justicia exige más que el intento de resarcir los daños particulares sufridos por personas particulares. Cualquiera que sea el criterio de justicia que se defienda, este debe ser tal que tenga en cuenta también las condiciones previas para reconstruir el Estado de derecho, objetivo que tiene una dimensión pública, colectiva.

En tales contextos, vale la pena resaltar algunas dificultades adicionales atinentes al intento de importar a casos masivos el criterio recibido de justicia reparativa. Estas dificultades surgen del *procedimiento* que tendría que implementarse si el criterio de la *restitutio in integrum* hubiera de satisfacerse. El criterio exige procedimientos que individualizan el tratamiento de los casos, pues el criterio define justicia en términos de restaurar a cada víctima. De nuevo, nada se le puede objetar a este criterio en los casos esporádicos y aislados de abuso. Para los casos masivos de abuso, y de abuso que se da como resultado de una política deliberada, sin embargo, un procedimiento caso por caso genera los dos siguientes problemas complejos: primero, tal procedimiento desagregaría a las víctimas (al menos de dos maneras) y, segundo, desagregaría los esfuerzos de reparación (de nuevo, al menos de dos maneras.)

Un procedimiento caso por caso para dirimir demandas de reparaciones desagrega a las *víctimas* por el desigual acceso a los tribunales, y las desiguales compensaciones que otorgan estos tribunales. Incluso a sistemas jurídicos que no se ven obligados a enfrentar crímenes masivos y sistemáticos, les resulta difícil garantizar que todas las víctimas tengan una igual oportunidad de acceder a los tribunales, e incluso si pueden hacerlo, garantizar que tengan una oportunidad equitativa de obtener resultados similares. El caso más frecuente es que las víctimas más adineradas, mejor educadas y que viven en zonas urbanas no solo tienen una primera oportunidad, sino una mejor oportunidad de obtener justicia a través de estos procedimientos caso por caso[22].

22 Esto es cierto tanto respecto de los procedimientos ante los tribunales (en tribunales nacionales o internacionales) como de los procedimientos administrativos que adoptan un enfoque caso por caso. Para ilustrar estas tesis, el informe de la Comisión de Esclarecimiento Histórico de Guatemala contiene un análisis detallado de cómo los tribunales en ese país fueron tradicionalmente inaccesibles para las poblaciones rurales y, particularmente, para los indígenas. Véase Comisión de Esclarecimiento Histórico (CEH), *Guatemala Memoria del Silencio*, "Denegación de la justicia", vol. 3, cap. 16 (Oficina de las Naciones Unidas para Servicios de Proyectos: junio 1999). Diez años después de la firma de los acuerdos de paz, y cinco años después de que la CEH presentara su informe, nadie en Guatemala considera que los tribunales sean un mecanismo viable para la distribución de los beneficios de reparación. Análogamente,

Más aún, puesto que hacer justicia para las víctimas caso por caso ineludiblemente implica evaluar daños individuales y compensarlos de acuerdo con esta evaluación, y esto, a su vez, lleva naturalmente a conceder diferentes sumas a víctimas diferentes, la diferencia en las compensaciones puede enviar el mensaje de que la violación de los derechos de algunas personas es peor que la violación de los mismos derechos de otras, debilitando así una importante preocupación por la igualdad, y teniendo como resultado una jerarquización de las víctimas. Si bien debemos advertir que, aun cuando en general la equidad no exige tratamiento igual, en casos de abuso sistemático en el cual la gente siente que es víctima del mismo sistema y en el que está siendo reparada a través de los mismos procedimientos y más o menos simultáneamente —lo cual hace particularmente probable que compare los resultados— esto se convierte en un grave problema[23]. Incluso en el caso excepcional en el que el respeto por la igualdad de derechos no sea la verdadera preocupación, disparidades en las sumas otorgadas tienen un efecto profundamente divisorio entre las víctimas, como lo atestigua, por ejemplo, el funcionamiento del Fondo de Compensación de las Víctimas del 11 de septiembre en Estados Unidos. Este efecto divisorio se dio a pesar de la elevada línea de base para las compensaciones (US$2.1 millones fue la compensación para las familias de las personas fallecidas. El promedio fue de US$1.7millones. Las compensaciones fueron otorgadas tomando como base un sofisticado cálculo de los ingresos previstos de las víctimas)[24].

los casos que llegan finalmente a la Corte Interamericana tienden a ser aquellos con los que ONG de derechos humanos, en su mayoría urbanas, deciden proseguir durante el tortuoso proceso de largos años que lleva al sistema regional. Finalmente, la Comisión de Arbitramento creada en Marruecos en 1999 para resarcir principalmente a las víctimas de "desaparición" (prisión) durante el reinado de Hassan II fue objeto de crítica, entre otras razones, por el orden en el que aceptó los casos.

23 Este conjunto de consideraciones, a saber, que la equidad no exige igual tratamiento, pero que en el contexto de abuso masivo, la gente tiende a hacer comparaciones y es posible que consideren el tratamiento diferenciado con sospecha (justificada), es lo que explica por qué hablo de la "desagregación" de las víctimas, en lugar de sostener que el procedimiento es en realidad injusto (aun cuando frecuentemente lo sea, como cuando no se garantiza igual acceso a los tribunales.) Considero bien fundada la tendencia a hacer comparaciones bajo estas circunstancias, y no meramente una curiosidad psicológica; cuando las violaciones son el resultado de la implementación de una política, la gente que ha sufrido violaciones análogas espera, no sin razón, beneficios similares. Para una visión diferente de este problema, véase Malamud-Goti y Grosman en *The Handbook of Reparations*, *op. cit*. (cap. 15).

24 Sobre este caso, véase Issacharoff y Mansfield en *The Handbook of Reparations*, *op. cit*. (cap. 8).

El segundo problema que implica el esfuerzo por aplicar un procedimiento caso por caso que exige la satisfacción del criterio de *restitutio in integrum*, es que termina desagregando no solo a las víctimas sino también los esfuerzos de reparación. Parte de la dificultad en este caso está relacionada con asuntos de publicidad: debido a razones de privacidad, el enfoque caso por caso puede enfrentar obstáculos para la plena revelación de hechos que se necesitan para tratar casos similares de similar manera. Más aún, la naturaleza fragmentada del proceso hace que resulte comparativamente más difícil ofrecer una visión completa de la naturaleza y magnitud de los esfuerzos de reparación. Si a esto se agrega la disparidad en el monto de las compensaciones otorgadas que mencionamos antes, las compensaciones más cuantiosas ocupan habitualmente los titulares de los medios, en detrimento de los esfuerzos generales.

Finalmente, resulta fácil, al utilizar el enfoque caso por caso, concluir que la justicia se ha agotado en la satisfacción del criterio de la plena restitución (¿qué más podrían querer las víctimas?), pues los beneficios distribuidos de esta manera tienden a no estar coordinados con otras medidas de justicia que son importantes también. En términos puramente procedimentales, los enfoques caso por caso tienden a producir cierto grado de frustración entre los beneficiarios, quienes se quejan de que los procedimientos se centraron únicamente en consideraciones financieras; mientras ellos deseaban hablar acerca de sus experiencias de victimización, los funcionarios del programa se centraban en evidencias relativas a ingresos y bienes[25].

A pesar de estas complicaciones, el Estado no puede sencillamente desconocer los reclamos de las víctimas con el argumento de que no hay recursos suficientes para cubrir los costos correspondientes, o alegando que, sencillamente, no hay manera de superar los problemas descritos. Esto equivaldría a reconocer que no está en condiciones de sostener un régimen justo. Parte del objetivo de este proyecto, de hecho, es bloquear la inferencia, a partir de premisas acerca de las dificultades que implica establecer programas de reparaciones justos y efectivos, de la conclusión que sostiene la imposibilidad de hacerlo. La responsabilidad del Estado consiste en diseñar un programa de reparaciones del que pueda decirse que satisface condiciones de justicia, aun cuando sus beneficios no sean los mismos que determinaría un tribunal que resuelve demandas poco

25 Véase, por ejemplo, Cammack en *The Handbook of Reparations, op. cit*. (cap. 6).

frecuentes o, al menos, aisladas. Pero ¿qué implica "satisfacer condiciones de justicia" si no se puede depender del criterio de compensación en proporción al daño causado?[26]

Antes de abordar directamente esta pregunta, vale la pena hacer una observación preliminar. Las meras disparidades entre las compensaciones otorgadas por los tribunales y aquellas que entregan los programas masivos no necesariamente indican una falla, y menos aún falta de equidad en los programas masivos. Por esta razón, los programas de reparaciones no deben considerarse solamente la segunda mejor alternativa a los procedimientos judiciales. Los programas de reparaciones, en su mejor expresión, son procedimientos administrativos que, entre otras cosas, obvian algunas de las dificultades y costos relacionados con el litigio. Estos incluyen prolongadas demoras, altos costos, la necesidad de allegar evidencias que resistan un escrutinio minucioso (las cuales, en algunos casos, sencillamente no están disponibles), el dolor asociado con los contrainterrogatorios y con revivir acontecimientos tristes y, finalmente, el peligro muy real de una sentencia en contra, que puede ser devastadora, pues agrega el insulto al daño original. Un programa de reparaciones bien diseñado puede otorgar compensaciones que son inferiores en términos absolutos, pero comparativamente más altas que aquellas concedidas por los tribunales, especialmente si los factores de comparación incluyen resultados más rápidos, menores costos, criterios

26 Algunas personas defienden la idea de que, al menos para los casos masivos, el derecho internacional no debería tratar de establecer criterios para determinar la magnitud de las compensaciones, sino más bien criterios que serán correspondidos por el proceso utilizado para determinar la magnitud de dichas compensaciones. Más concretamente, la idea es que el derecho internacional debería dar algún ímpetu a los procesos deliberativos y consultivos al nivel nacional, procesos que llevarían a la selección de los niveles de compensaciones. Esto, presuntamente, consistiría principalmente en garantizar que las víctimas y los grupos de víctimas participaran en la determinación de los niveles de compensaciones. Véase, por ejemplo, Heidi Rombouts, "Reparation for Victims of Human Rights Violations: A Socio-Political Approach", ponencia presentada en el *Expert Seminar on Reparation for Victims of Gross and Systematic Human Rights Violations in the Context of Political Transitions*, Universidad Católica de Lovaina, Bélgica, 10 de marzo de 2002. En general, apoyo esta idea, pero con la siguiente advertencia. Al final, y por razones muy fáciles de comprender, las víctimas siempre quieren más beneficios. Aun cuando no lo digo en absoluto de forma despectiva, los grupos de víctimas terminarán comportándose como otros grupos de interés —este con una causa que es especialmente convincente para mí—. Para que esta propuesta tenga sentido, habría que incluir a los grupos de víctimas en las discusiones, no solo acerca del plan de reparaciones, sino acerca del presupuesto nacional, de manera que tengan una percepción adecuada de otros proyectos legítimos (tales como salud, educación, justicia y desarrollo, para mencionar solo unos pocos) con los que siempre compiten las reparaciones.

de prueba más laxos, procedimientos no orientados a la confrontación y la certeza que acompaña habitualmente a un programa de reparaciones.

En segundo lugar, es importante recordar que la mayor parte de los programas de reparaciones son diseñados en el contexto de una transición hacia la democracia[27]. Esto, en mi concepto, tiene un impacto sobre cómo debe comprenderse la justicia —y las diferentes medidas aplicadas para lograrla—. Hay tres objetivos específicos, estrechamente relacionados con la idea de justicia, pero particularmente destacados en épocas de transición, que podrían ayudar a estructurar una respuesta sobre qué es justo en términos de reparaciones. Estos objetivos son, a la vez, condiciones necesarias de la justicia y consecuencias de ella.

2.3. Reconocimiento

Uno de los principales objetivos de la justicia transicional es restituir (o, en algunos casos, establecer de cero) la condición de ciudadanos a las personas. En la medida en que un programa de reparaciones aspira a contribuir a alcanzar justicia, y en la medida en que el reconocimiento es tanto una condición como una consecuencia de la justicia, esto vincula reparaciones y reconocimiento. Para reconocer a los individuos como ciudadanos es necesario reconocerlos primero como *individuos*. Es decir, es necesario reconocerlos no solo como miembros de grupos (por importante que esto pueda ser), sino también como seres humanos irremplazables e insustituibles. La ciudadanía en una democracia constitucional es una condición que los individuos se confieren unos a otros, donde cada uno de los cuales se concibe como valioso en sí mismo.

Una de las maneras de reconocer a otra persona como un individuo, además de reconocer las peculiaridades de la forma de vida que ha elegido[28] (que es reconocer la *agencia* de la persona), es reconocer las

27 Hay, desde luego, importantes excepciones. Algunas de las llamadas “democracias establecidas” han instituido programas de reparaciones. Estas incluyen a los Estados Unidos (por los japoneses-americanos sometidos a confinamiento durante la Segunda Guerra Mundial), el Canadá (por maltrato a los grupos indígenas), y otros. Véase Yamamoto y Ebesugawa sobre las reparaciones para los japoneses-americanos sometidos a confinamiento, en *The Handbook of Reparations*, *op. cit*. (cap. 7).

28 Para una elaboración filosófica del concepto de reconocimiento, que adopta serias opciones sobre formas de vida, véase Alex Honneth, *The Struggle for Recognition: The Moral Grammar of Social Conflicts*, Joel Anderson, trad. (Cambridge, MA: MIT Press, 1995.) Véase el interesante debate entre Honneth y Nancy Fraser en su trabajo conjunto, *Redistribution or Recognition? A Political-Philosophical Debate* (Londres: Verso, 2003).

maneras en las que se ve afectada por el entorno, esto es, reconocer que la persona no solo es el *sujeto* de sus propias acciones, sino también el *objeto* de las acciones de otros. En otras palabras, hay una forma de injusticia que consiste, no en impedir ilegítimamente a una persona el ejercicio de su agencia, a través, por ejemplo, de la privación de la libertad, sino en privarla del tipo de consideración que se debe a quien se ve negativa y gravemente afectado por las acciones de otros. Una condición mínima para la atribución de capacidad moral, sin la cual los individuos no pueden ser reconocidos como tales, es el reconocimiento de que mis acciones inciden sobre los demás. La negación de este tipo de capacidad, de esta clase de consideración, revela con claridad que no he reconocido que estoy tratando con individuos[29].

Como si esto no fuese suficiente, en una democracia constitucional importa que los miembros se reconozcan unos a otros, no solo como individuos, sino también como *ciudadanos*. Negar a las víctimas el tipo de consideración a la que me refiero, hace imposible la mutua atribución de esta categoría. En una democracia, la ciudadanía es una condición que se basa en la igualdad de derechos de quienes gozan de tal condición. Y esa igualdad de derechos determina que aquellas personas cuyos derechos han sido violados merecen un tratamiento especial, tratamiento que tiende al restablecimiento de las condiciones de igualdad.

Desde mi punto de vista, los diferentes mecanismos transicionales pueden ser vistos provechosamente a través de los lentes del reconocimiento. Esto es, todos ellos pueden interpretarse como esfuerzos por institucionalizar el reconocimiento de los individuos como ciudadanos con iguales derechos. Así, la justicia penal puede interpretarse como un intento por restablecer la igualdad entre el delincuente y su víctima después de que el delincuente cortara esta relación con un acto que sugería su superioridad sobre la víctima[30]. La declaración de la verdad ofrece reconocimiento de maneras que nos son perfectamente conocidas, y que probablemente todavía sean mejor articuladas a través de la vieja diferencia propuesta por Thomas Nagel entre conocimiento y

29 Véase el atractivo recuento que ofrece Onora O´Neill de la posición moral en *Towards Justice and Virtue* (Cambridge: Cambridge University Press, 1998).

30 Véase Jean Hampton, “The Moral Education Theory of Punishment”, *Philosophy and Public Affairs* (1981): 209-38; “A New Theory of Retribution”, en *Liability and Responsibility*, R. G. Frey y Christopher W. Morris, eds. (Cambridge: Cambridge University Press, 1991); y sus ensayos en *Forgiveness and Mercy*, Jeffrie Murphy y Jean Hampton, eds. (Cambridge: Cambridge University Press, 1988).

reconocimiento, cuando argumenta que, aun cuando las comisiones de la verdad rara vez revelan hechos que no se conocieran previamente, hacen sin embargo una contribución indispensable al reconocimiento de tales hechos[31]. El reconocimiento es importante precisamente porque constituye una forma de reconocer la importancia y valor de las personas —de nuevo, como individuos, como ciudadanos y como víctimas—. Finalmente, la reforma institucional está guiada por el ideal de garantizar condiciones bajo las cuales los ciudadanos puedan relacionarse entre sí y con las autoridades como iguales.

La manera exacta en la que las reparaciones contribuyen a la justicia es compleja. Por una parte, se trata de un aspecto de la estrecha relación que vincula los diferentes elementos de la justicia transicional y, específicamente, de las maneras como las reparaciones complementan otros procesos de justicia transicional. Permítanme ilustrar este punto. La declaración de la verdad en ausencia de reparaciones puede ser vista por las víctimas como un gesto vacío, como discurso barato. La relación es válida también en sentido contrario: las reparaciones en ausencia de verdad, pueden ser vistas por sus beneficiarios como un intento, de parte del Estado, de comprar el silencio o la aquiescencia de las víctimas y de sus familias, convirtiendo así los beneficios en "dinero sucio". La misma estrecha relación de doble sentido puede observarse entre las reparaciones y las reformas institucionales, pues una reforma institucional que no esté acompañada por un intento de dignificar a los ciudadanos que fueron víctimas apenas puede comprenderse. Análogamente, conceder beneficios de reparación en ausencia de reformas que disminuyan la probabilidad de repetición de la violencia, no son más que pagos cuya utilidad y, más aún, cuya legitimidad, son cuestionables. Finalmente, la misma relación de doble sentido vincula a la justicia penal con las reparaciones: desde el punto de vista de las víctimas, especialmente una vez que el posible momento de satisfacción por el castigo de los criminales haya pasado, el castigo de unos pocos autores de los crímenes que no esté acompañado por un esfuerzo efectivo, dirigido a resarcir positivamente a las víctimas podría fácilmente ser considerado por las víctimas una forma más o menos inconsecuente de revanchismo. En síntesis, las reparaciones contribuyen

31 Nagel argumenta que "hay una diferencia entre conocimiento y reconocimiento. Es lo que sucede y sólo puede suceder al conocimiento cuando se lo sanciona oficialmente, cuando se lo hace parte de la escena cognitiva pública". Citado en Lawrence Weschler, "Afterword", en *State Crimes: Punishment or Pardon* (Washington, D. C.: Aspen Institute, 1989).

a la justicia, no solo porque complementan en general las medidas de la justicia transicional, sino porque lo hacen de una manera particular, esto es, ayudando a impedir que estas otras medidas desaparezcan como intrascendentes para la mayor parte de las víctimas.

Por otra parte, las reparaciones pueden desempeñar esta "función de apoyo" precisamente porque constituyen, en sí mismas, una forma de reconocimiento. Son, en cierto sentido, la forma material del reconocimiento *debido* a conciudadanos cuyos derechos fundamentales han sido violados[32].

2.4. Confianza cívica

Otro objetivo legítimo de un programa de reparaciones como instrumento de justicia es la creación o restauración de la confianza entre los ciudadanos.

Sobra decir que la posibilidad de que la hipótesis sea razonable y comprobable depende de lo que signifique "confianza cívica". Por lo tanto, es necesario ofrecer algunas explicaciones. Primero, comencemos con una comprensión amplia de confianza: confianza en general, como una disposición que media interacciones sociales, "es una alternativa a la vigilancia y a depender de la amenaza de sanciones, [y] merecer confianza (...) una alternativa a vigilar constantemente para ver si una persona puede o no salirse con la suya, una alternativa a cálculos recurrentes de costos y beneficios"[33].

De manera indirecta, puede decirse que, mientras confiar en alguien implica confiar en que esa persona hará o se abstendrá de hacer ciertas cosas, la confianza no es igual a la predictibilidad o a la regularidad empírica. De ser así, el paradigma de la confianza se daría en nuestra relación con máquinas particularmente confiables. Que la fiabilidad no es lo mismo que la confianza puede verse en nuestra

32 El hecho de que el reconocimiento sea uno de los objetivos de un programa de reparaciones invita a la participación de las víctimas en el proceso de diseñar e implementar tales programas, pues el reconocimiento no es algo que pueda sencillamente darse ¡como si las opiniones de aquellos que son reconocidos no importaran! Los procesos participativos pueden, por sí mismos, suministrar formas útiles de reconocer, no solo la condición de víctimas como víctimas, sino también, de manera importante, como *agentes*. El afirmar lo anterior, sin embargo, no resta fuerza a las advertencias expuestas en la nota 26 *supra*.

33 Annette Baier, "Trust and its Vulnerabilities" en su libro, *Moral Prejudices* (Cambridge MA: Harvard University Press, 1994), 133.

reticencia a decir que *confiamos* en alguien sobre cuyo comportamiento sentimos una gran certidumbre, pero solo porque lo supervisamos y controlamos (*i. e.* al hacer respetar los términos de un contrato), o porque adoptamos acciones defensivas o preventivas[34]. La confianza implica la expectativa de un compromiso normativo compartido. Confío en alguien cuando tengo razones para esperar cierto patrón de comportamiento de esa persona, y esas razones incluyen no solo su comportamiento anterior, sino también, y de manera decisiva, la expectativa de que, entre sus razones para actuar, está el compromiso con las normas y valores que compartimos. En este sentido, aunque la confianza no implica simetría normativa —la confianza es posible dentro de relaciones enormemente asimétricas, incluyendo aquellas que se dan dentro de instituciones profundamente jerárquicas—, sí implica reciprocidad normativa: la confianza se desarrolla a partir de un sentido mutuo de compromiso con normas y valores compartidos. Esto explica tanto las ventajas de la confianza como los riesgos que siempre acarrea: al dispensarnos de la necesidad de vigilar y controlar, facilita inmensamente la cooperación, y no solo porque disminuya los costos de transacción; pero en tanto apuesta (sin importar cuán "segura" sea) a que al menos en parte, por *razones normativas*, aquellos en quienes confiamos no se aprovecharán de nuestras vulnerabilidades, nos pone en riesgo que se vean frustradas nuestras expectativas.

Ahora bien, el término "cívico" en "confianza cívica" lo entiendo básicamente como un calificativo restrictivo. La confianza puede pensarse como una relación en escalas, una relación que permite grados. El sentido de confianza del que se trata aquí no es la forma densa de confianza característica de las relaciones íntimas, sino más bien, la confianza "cívica", la cual entiendo como el tipo de disposición que puede desarrollarse entre ciudadanos que no se conocen, y que son miembros de la misma comunidad solo en el sentido de ser todos miembros de la misma comunidad *política*. En efecto, la dimensión de apuesta es más evidente en este caso que en el de la confianza entre personas íntimamente relacionadas, puesto que tenemos mucho menos

34 Laurence Mordekhai Thomas ilustra el punto con un diciente ejemplo: "Confianza no equivale a predicción: si guardo todo bajo llave y te invito a mi casa, puedo predecir con confianza que no robarás nada y, sin embargo, nada más evidente que el hecho de que no confío en ti". Véase su artículo, "Power, Trust and Evil", en *Overcoming Racism and Sexism*, Linda Bell y David Blumenfeld, eds. (Lanham, MD: Rowman and Littlefield, 1995), 160.

información sobre las razones de los otros para actuar. No obstante, los principios que presumimos compartir con otros, y el ámbito de aplicación de estos principios, son mucho más generales. Para ilustrar lo anterior, la lealtad que me une a personas con quienes tengo relaciones de intimidad es mucho más densa que la lealtad (por ejemplo, a un proyecto político común) que me une a algunos de mis conciudadanos.

Al igual que el reconocimiento, la confianza cívica es a la vez condición y consecuencia de la justicia. Hay mil maneras en las que un sistema jurídico depende de la confianza de los ciudadanos[35]. En el nivel más general, un sistema jurídico opera únicamente tomando como base el acatamiento generalizado de las normas por parte de los ciudadanos. En otras palabras, el sistema jurídico puede manejar el comportamiento infractor de normas únicamente cuando este es excepcional. Esto significa que la mayor parte de las interacciones sociales no están mediadas directamente por la ley sino, más bien, a cierto nivel, por la confianza entre ciudadanos. De manera más próxima, sin embargo, todos los sistemas jurídicos dependen, no solo de la confianza que se tienen los ciudadanos entre sí, sino de la confianza que tienen en los propios sistemas. En ausencia de una vigilancia totalitaria, los sistemas jurídicos penales deben depender de la disposición de los ciudadanos a reportar tanto los crímenes que presencian como aquellos de los que son objeto[36]. Y esta disposición a reportar, desde luego, depende de que confíen en que el sistema producirá confiablemente los resultados esperados. Esta es, de hecho, una confianza de un tipo complejo: en las investigaciones policiales, en la eficiencia del sistema judicial, en la honestidad de los jueces, en la independencia de la rama judicial (y, por lo tanto, en la disposición del ejecutivo a proteger y promover tal independencia), en la sabiduría, al menos mínima, de la legislatura, y en el carácter estricto (pero, quizá también, simultáneamente, en el carácter humano) del

35 Para un análisis más detallado de este problema y acerca de cómo los esfuerzos de búsqueda de la verdad, en particular, pueden contribuir al Estado de derecho en situaciones transicionales precisamente al promover la confianza cívica, véase mi artículo, "Truth-Telling and the Rule of Law", en *Telling Truths: Truth Telling and Peacebuilding*, Tristan Anne Borre, ed. (Notre Dame, IN: University of Notre Dame Press, 2005).

36 Desde la perspectiva de sociedades bien organizadas, resulta difícil concebir circunstancias en las cuales la gente no se molestaría en reportar incluso crímenes graves como el asesinato. Pero esto ciertamente sucede. En Colombia, por ejemplo, a fines de la década de 1980, más del 35% de los asesinatos nunca fueron reportados. Véase Mauricio Rubio, *Crimen e impunidad* (Bogotá, TM Editores, 1999).

sistema penitenciario, etc. Sobra decir que cada uno de estos objetos de confianza puede ser ulteriormente analizado.

Por otra parte, no es solo que los sistemas jurídicos dependan de la confianza de los ciudadanos, tanto entre ellos como en el propio sistema. Los sistemas jurídicos, cuando funcionan bien, también catalizan confianza, de nuevo, tanto entre los mismos ciudadanos como en el propio sistema. Precisamente, Rawls considera la capacidad del Estado de derecho de generar confianza social —entendida en términos de la fiabilidad de las expectativas— como un aspecto definitorio del Estado de derecho:

> Un sistema jurídico es un orden coercitivo de normas públicas dirigidas a personas racionales, con el propósito de regular su conducta y de ofrecer un marco para la cooperación social. Cuando estas normas son justas, establecen una base para expectativas legítimas. Constituyen los fundamentos sobre los que las personas pueden *confiar las unas en las otras* y objetar legítimamente cuando no se satisfacen sus expectativas[37].

En la medida en que contribuye a estabilizar las expectativas y ayuda a disminuir los riesgos que implica confiar en los demás, especialmente en personas desconocidas, el derecho contribuye a generar confianza entre los ciudadanos.

En cuanto al papel catalizador del derecho para generar confianza en las instituciones jurídicas, el argumento subyacente es evidente: en la medida en que son fiables, ofrecen razones adicionales a los ciudadanos para confiar en ellas para la resolución de sus conflictos. Esto se sigue sencillamente del hecho de que la confianza es algo que se gana, y no que se confiere arbitrariamente, y esto es cierto tanto de las instituciones como de los individuos. La manera más fácil de verlo es advertir las actitudes frente al derecho en sociedades donde el sistema jurídico se percibe como inaccesible o poco confiable en otros sentidos.

El punto fundamental, desde luego, es aclarar la relación entre reparaciones y confianza cívica. De nuevo, para las víctimas, las reparaciones constituyen una manifestación de la seriedad del Estado y de sus conciudadanos en sus esfuerzos por restablecer relaciones de igualdad y respeto. En ausencia de reparaciones, las víctimas siempre

37 John Rawls, *A Theory of Justice* (Cambridge MA: Harvard University Press, 1972), 235 (el énfasis es mío).

tendrán razones para sospechar que, incluso si se aplican los otros mecanismos de la justicia transicional con cierto grado de sinceridad, la "nueva" sociedad democrática será una sociedad que se construye a sus expensas, desconociendo sus justificados reclamos. Por el contrario si, incluso en condiciones de escasez, se asignan recursos a las víctimas, se envía un fuerte mensaje a ellas y a otros acerca de su (quizá nueva) inclusión en la comunidad política. Las víctimas de abusos pasados reciben una manifestación material del hecho de que ahora viven entre un grupo de conciudadanos y bajo instituciones que aspiran a ser confiables. Las reparaciones, en síntesis, pueden verse como un método para alcanzar una de las metas de un Estado justo, a saber, la inclusión, en el sentido que todos los ciudadanos participan en igualdad de condiciones en un proyecto político común.

2.5 Solidaridad

Finalmente, otro objetivo legítimo de un programa de reparaciones, considerado de nuevo una de las formas de promover justicia, puede ser el fortalecimiento o la generación de otra actitud que —al igual que el reconocimiento y la confianza cívica— es también una condición y una consecuencia de la justicia. Es la actitud de solidaridad social[38].

Al igual que la confianza cívica, la solidaridad se da también en muchas formas y grados. La solidaridad social es el tipo de empatía característica de aquellas personas que tienen la disposición de ponerse en el lugar de otros. Que esta actitud sea una condición de la justicia puede verse de la manera siguiente: una perspectiva imparcial, requisito indispensable de la justicia, no puede lograrse a menos que la persona que juzga esté dispuesta a ponerse en el lugar de las partes en conflicto. Más aún, en un sistema democrático que distingue la legitimidad de los meros equilibrios de poder, la única manera de garantizar que se ha conseguido la legitimidad del derecho es asegurarse de que la ley incorpore los intereses de todas las personas afectadas por ella. Y esto implica tener un interés en el interés de otros[39]. Y esto es precisamente la solidaridad social.

38 Hauke Brunkhorst ofrece un sofisticado análisis del concepto de solidaridad en *Solidarity: From Civic Friendship to a Global Legal Community*; Jeffrey Flynn, trad. (Cambridge MA: MIT Press, de próxima aparición).

39 Véase Jürgen Habermas, "Justice and Solidarity", en *The Moral Domain*, Thomas Wren, ed. (Cambridge MA: MIT Press, 1996), y William Reg., *Insight and Solidarity: The Discourse Ethics of Jürgen Habermas* (Berkeley, CA: University of California Press, 1994).

Las reparaciones pueden verse como una expresión de este tipo de interés y, a la vez, como generadoras de esta clase de solidaridad. En sociedades divididas y estratificadas por las diferencias entre lo urbano y lo rural, por factores étnicos, culturales, de clase y de género, las reparaciones manifiestan el interés de aquellas personas tradicionalmente más aventajadas en los intereses de los menos favorecidos. Aun cuando no puede suponerse que las primeras apoyarán de inmediato un programa de reparaciones, este es un punto en el cual la relación entre las reparaciones y otros mecanismos transicionales, especialmente la declaración de la verdad, pueden desempeñar un papel importante, pues el esclarecimiento histórico puede despertar empatía con las víctimas. Por otra parte, en la medida en que las víctimas sientan que se ofrece un nuevo “contrato social” en el que su dignidad y sus intereses son ampliamente reconocidos, tendrán razones para interesarse en intereses comunes, contribuyendo de esta manera al fortalecimiento de las bases de una sociedad justa.

Aquí es de particular importancia no exagerar el argumento; es poco probable que un programa de reparaciones, por sí mismo, pueda generar un sentido de solidaridad social cuando esta no existe. En este sentido, resulta evidente que las reparaciones manifiestan, esto es, se basan en compromisos preexistentes. No obstante, un programa de reparaciones bien diseñado puede desempeñar un papel (modesto) como catalizador de solidaridad. Es cierto que las épocas de transición son momentos de una sensibilidad normativa intensificada, donde tanto las instituciones como los individuos tienen fuertes incentivos para articular los principios, normas y valores con los que se comprometen. Sin embargo, son también momentos marcados todavía por los signos de vínculos sociales tensos y rotos por el conflicto o por un régimen autoritario, y por instituciones en quiebra y muy poco fiables. La complejidad, más allá de cierto umbral, puede debilitar las virtudes sociales, no tanto por debilitar las virtudes de las personas, al menos inicialmente, sino por no dejar un camino claro de acción que exprese estas virtudes. Con el transcurso del tiempo, es posible que los compromisos se debiliten. Bajo estas circunstancias, el discurso normativo, incluyendo el discurso sobre la solidaridad con las víctimas, puede convertirse en un discurso vacío, a menos que reciba expresión institucional adecuada y efectiva. Un programa de reparaciones cuidadosamente diseñado y bien implementado *puede* catalizar solidaridad social precisamente al dar expresión concreta a compromisos que, si permanecen flotando libremente, corren siempre el peligro de disiparse.

Es necesario señalar, para concluir esta sección, tres ventajas adicionales de pensar los objetivos de las reparaciones en estos términos explícitamente políticos más que en los términos más jurídicos de compensación en proporción al daño causado. Primero, esta forma de pensar las reparaciones, aun cuando se basa en consideraciones normativas de principio, permite diseñar las reparaciones de una manera que tenga en cuenta rasgos contextuales, en dos sentidos importantes: como lo señalé antes, se ajusta a las peculiaridades y a las necesidades de situaciones transicionales, aprovechando los aspectos de tales contextos que exigen un "momento constitucional". Sin embargo, no es solo que al pensar los objetivos de las reparaciones en términos de reconocimiento, reconstitución de confianza cívica y solidaridad social se asuman explícitamente objetivos transicionales como orientación para el diseño de una importante herramienta transicional, contribuyendo así a garantizar el éxito tanto del programa de reparaciones como política transicional, sino que tomarlos como objetivos principales del programa de reparaciones confiere a tal programa un provechoso carácter de orientación hacia el futuro. Una de las principales fuentes de insatisfacción con la mayor parte de las reparaciones es que los beneficiarios las consideran a menudo una compensación insuficiente. En esto, por lo general, tienen razón, con independencia de la magnitud de la compensación, por razones relacionadas con la dificultad —y, en última instancia, con la imposibilidad— de cuantificar un gran daño; ninguna cantidad de dinero podrá compensar la pérdida de un padre, un hijo, un esposo. Ninguna cantidad de dinero podrá compensar adecuadamente la pesadilla y el trauma de la tortura. En mi concepto, los programas de reparaciones, y no solo por las dificultades que surgen en casos con números masivos de demandantes, no deberían intentar siquiera la compensación proporcional y deberían abstenerse siempre de utilizar el vocabulario asociado con ella. No debería haber nada en un programa de reparaciones que invite a sus destinatarios o a sus beneficiarios a interpretarlas como un esfuerzo por poner un precio a la vida de las víctimas o a sus experiencias de horror. Más bien, deberían ser interpretadas como una contribución a la calidad de vida de los sobrevivientes. Pensar las reparaciones en términos de reconocimiento y de promoción de confianza cívica y solidaridad social, invita a suponer esta perspectiva orientada hacia el futuro.

Segundo, hay otro sentido en el que adoptar los objetivos más políticos de conceder reconocimiento y promover confianza cívica y solidaridad social permite una forma sana de contextualismo: por ejemplo, lo que

en una determinada sociedad es suficiente para ofrecer reconocimiento adecuado a las víctimas es, en gran parte, un asunto de contexto. Lo que esperan los ciudadanos estadounidenses como reconocimiento puede diferir enormemente de lo que potenciales beneficiarios en diferentes contextos pueden esperar. Y satisfacer estas diferentes expectativas, a pesar de sus diferencias, obviamente no es algo malo.

Otra ventaja de pensar las reparaciones en términos explícitamente políticos, más que en términos de consideraciones judiciales, es que pone otro espinoso problema del diseño de las reparaciones en su contexto adecuado. Me refiero al problema financiero. Una perspectiva política sobre las reparaciones introduce cierta claridad en la discusión de las estrategias financieras. Básicamente, lo hace porque saca el asunto de las finanzas del ámbito exclusivo de técnicos y abogados y lo lleva a donde debería propiamente residir, esto es, en el ámbito de prioridades sociales que compiten entre sí. La mayor parte de los Gobiernos responden a las recomendaciones sobre reparaciones con una de dos respuestas: “las reparaciones son excesivamente costosas y no podemos financiarlas” o bien, “si vamos a reparar, hagámoslo colectivamente”. Frente a la primera respuesta, la reacción adecuada es señalar que lo que puede o no financiarse a través del gasto público es siempre un problema de prioridades. Quizá, a menos que exista un excedente presupuestal, nada puede financiarse sin afectar otras cosas. La cuestión es qué se considera urgente, y esto es siempre un asunto político[40]. Frente a la segunda respuesta, que habitualmente acompaña la preferencia de los Gobiernos por integrar las reparaciones a programas de desarrollo, la reacción adecuada es señalar que el sesgo en favor de lo colectivo es solo eso; lo colectivo puede ser bastante costoso, más costoso que lo individual (de hecho, dados los resultados, generalmente deprimentes, de los programas de desarrollo, estos, en particular, pueden ser muy costosos)[41].

40 Quizá la mejor ilustración de este punto proviene de Sudáfrica, donde los esfuerzos por reiniciar las estancadas discusiones sobre las reparaciones, en un momento específico, se daba cuando el Gobierno argumentaba que no había dinero para el programa mientras que, a la vez, proponía la adquisición de dos submarinos. Véase Brandon Hamber y Kamilla Rasmussen, “Financing a Reparations Scheme for Victims of Politicals Violence”, en *From Rhetoric to Responsibility: Making Reparations to the Survivors of Past Political Violence in South Africa*, Brandon Hamber y Thloki Mofokeng, eds. (Johannesburgo: Center for the Study of Violence and Reconciliation, 2000), 52-9.

41 Desde luego, poner a las reparaciones en el ámbito político en lugar de la esfera judicial, le da una gran importancia a una estrategia efectiva de construcción de coaliciones eficientes a favor de las reparaciones.

3. Consideraciones estructurales

3.1. Integridad o coherencia

Hasta este momento no he dicho prácticamente nada sobre las características de un programa de reparaciones. Parte de la razón es, sobra decirlo, que no creo que su diseño se siga deductivamente de asuntos de principio. No obstante, estoy dispuesto a ofrecer dos consideraciones generales.

La primera es una observación acerca de una característica deseable que, en mi opinión, todos los programas de reparaciones deberían tener. Los programas de reparaciones deberían exhibir lo que llamo integridad o coherencia, analizada en dos dimensiones diferentes, interna y externa. La coherencia *externa* expresa la exigencia de que el programa de reparaciones sea diseñado de tal manera que guarde una estrecha relación con los otros mecanismos transicionales, esto es, con la justicia penal, el esclarecimiento de la verdad y la reforma institucional. Este requisito es, a la vez, pragmático y conceptual. Esta relación aumenta la posibilidad de que cada uno de estos mecanismos se perciba como exitoso (a pesar de las ineludibles limitaciones que acompañan a cada uno de ellos) y, más importante aún, que los esfuerzos transicionales, en su conjunto, satisfagan las expectativas de los ciudadanos. Sin embargo, más allá de esta ventaja pragmática, puede argumentarse que la exigencia se sigue de las relaciones de complementariedad entre los diferentes procedimientos de justicia transicional que esbocé anteriormente.

Los programas de reparaciones deberían exhibir integridad o coherencia en otra dimensión: un programa de reparaciones, si ha de alcanzar los objetivos adecuados, debe ser siempre un programa complejo que distribuya diferentes beneficios, y los diferentes componentes del plan deben ser mutuamente coherentes. Esto es, el programa debe ser *internamente* coherente. La mayor parte de los programas de reparaciones distribuyen más de un tipo de beneficio. Estos pueden incluir reparaciones tanto simbólicas como materiales, y cada una de estas categorías puede incluir diferentes medidas que pueden ser distribuidas individual o colectivamente. Desde luego, para alcanzar los objetivos deseados, es importante que los beneficios formen parte de un plan cuyos elementos se apoyen entre sí internamente.

3.2. Formas de reparación y sus ventajas y desventajas

El segundo conjunto de consideraciones sobre la estructura de un programa de reparaciones que puede hacerse sin peligro desde una perspectiva relativamente abstracta es el siguiente. Aun cuando los detalles finales de un programa para un país determinado dependerán de atender muchos rasgos contextuales, las ventajas comparativas de diferentes medidas pueden ser aclaradas en términos muy generales, Así, aun cuando no creo que los teóricos puedan apropiadamente ocuparse de redactar documentos de base para tales programas —al menos no en su particular condición de teóricos— hay mucho trabajo que se puede adelantar en la aclaración de las ventajas y desventajas que pueden acompañar diferentes opciones de diseño. El siguiente es un esquema que ilustra la orientación básica:

Medidas simbólicas

Individuales (cartas personales de disculpa, copias de informes de las comisiones de la verdad, adecuada sepultura de las víctimas, etc.)

a) Ventajas:

- Es una manera de mostrar respeto por las personas.
- Expresa reconocimiento por el daño sufrido.
- Bajo costo.

b) Desventajas:

- Puede crear la impresión de que, por sí mismas, constituyen una reparación suficiente para las víctimas.

Colectivas (actos públicos de desagravio, fechas conmemorativas, construcción de museos, cambio de nombre de calles y otros lugares públicos, etc.)

a) Ventajas:

- Promueve el desarrollo de:
  - memoria colectiva;
  - solidaridad social; y
  - una posición crítica frente a instituciones gubernamentales y la vigilancia de las mismas.

b) Desventajas:

- Puede crear divisiones sociales.
- En sociedades o sectores sociales con tendencia a sentirse victimizados, puede intensificar este sentimiento.
- Puede crear la impresión de que, por sí mismas, constituyen una reparación suficiente para las víctimas.

Paquetes de servicios

Los paquetes de servicios pueden incluir asistencia médica, en educación y vivienda, etc.

a) Ventajas:

- Satisfacen necesidades reales.
- Pueden tener un efecto positivo en términos de igualdad de trato.
- Pueden ser efectivos en costos si se utilizan instituciones ya existentes.
- Pueden estimular el desarrollo de instituciones sociales.

b) Desventajas:

- No maximizan la autonomía personal.
- Pueden reflejar actitudes paternalistas.
- La calidad de los beneficios dependerá de los servicios suministrados por las instituciones existentes.
- En cuanto más se centra el programa en un paquete de servicios básicos, menos fuerza tendrán las reparaciones, pues los ciudadanos pensarán naturalmente que los beneficios que se entregan son aquellos a los que tienen derecho como ciudadanos, no como víctimas.

Sumas de dinero individuales

a) Ventajas:

- Respeto de la autonomía personal.
- Satisfacen necesidades percibidas y preferencias.
- Promueven el reconocimiento de las personas.

- Pueden mejorar la calidad de vida de los beneficiarios.
- Pueden ser más fáciles de administrar que métodos alternativos de distribución.

b) *Desventajas:*

- Si se perciben únicamente como una manera de cuantificar el daño, siempre serán vistos como insatisfactorios e inadecuados.
- Si los pagos son inferiores a cierto nivel, no impactarán significativamente en la calidad de vida de las víctimas.
- Este método de distribuir beneficios presupone cierta estructura institucional. (Los pagos pueden satisfacer necesidades únicamente si existen instituciones que "vendan" los servicios que los ciudadanos desean adquirir).
- Si no se entregan dentro de un marco general de reparaciones, estas medidas pueden ser vistas como una manera de "comprar" el silencio y la aquiescencia de las víctimas.
- Son políticamente difíciles de aprobar, pues los pagos competirían con otros programas urgentemente necesitados, pueden resultar costosos y pueden ser controvertidos, pues probablemente incluirán a excombatientes de ambos bandos como beneficiarios.

Hay quienes piensan que las reparaciones pueden adoptar también la forma de programas de desarrollo. No concuerdo con esta opinión pero, para completar el análisis, puede decirse lo siguiente:

Desarrollo e inversión social

a) *Ventajas aparentes:*

- Dan la apariencia de estar dirigidos a las causas subyacentes de la violencia.
- Parecerían permitir el reconocimiento debido a comunidades enteras.
- Dan la impresión de hacer que sea posible alcanzar a la vez objetivos de justicia y de desarrollo.
- Son políticamente atractivos.

b) Desventajas:

- Tienen una capacidad muy baja de reparación, pues las medidas de desarrollo son excesivamente incluyentes (no están dirigidas a las víctimas) y habitualmente se basan en necesidades básicas y urgentes, lo cual hace que los beneficiarios las perciban como algo a lo que tienen derecho y no como una respuesta a su situación como víctimas.
- En lugares caracterizados por una ciudadanía fragmentada, estas medidas no hacen nada por promover el respeto por las personas como individuos y no como miembros de grupos marginados.
- Éxito incierto: los programas de desarrollo son programas complejos y de largo plazo. Esto pone en peligro el éxito de las instituciones responsables de hacer recomendaciones sobre reparaciones, que pueden llevar a interrogantes sobre la seriedad de las medidas transicionales en general.
- Los planes de desarrollo fácilmente se convierten en víctimas de políticas partidistas.

En principio, no hay ningún conflicto entre la distribución de reparaciones simbólicas y materiales. De hecho, idealmente, estos beneficios pueden apoyarse mutuamente, algo que será de especial importancia en contextos caracterizados por recursos escasos, donde las reparaciones simbólicas de seguro desempeñarán un papel especialmente visible. Tampoco hay conflicto alguno, en principio, entre medidas individuales y colectivas. Mientras haya un componente individual sustancial, el equilibrio exacto entre los dos tipos de medidas debe establecerse teniendo en cuenta, entre otros factores, el tipo de violencia que se pretende resarcir. En aquellos lugares donde la violencia fue predominantemente colectiva, tiene sentido diseñar un programa que también ponga especial énfasis en este tipo de métodos.

Dicho esto, debería ser evidente, a partir de las consideraciones expuestas en el punto “Desarrollo e inversión social”, que soy escéptico acerca de los esfuerzos por convertir un programa de reparaciones en una manera de solucionar problemas estructurales de pobreza y desigualdad.

Estrictamente hablando, un programa de desarrollo no es un programa de reparaciones. De hecho, los programas de desarrollo tienen muy poca capacidad de reparación, pues no están dirigidos

específicamente a las víctimas, y lo que habitualmente intentan hacer es satisfacer necesidades básicas y urgentes, lo cual hace que sus beneficiarios perciban estos programas, acertadamente, como programas que distribuyen bienes a los que tienen derecho como ciudadanos y no necesariamente como víctimas. En segundo lugar, los programas de desarrollo se ven afectados por un alto grado de incertidumbre, pues los objetivos de desarrollo son complejos y de largo plazo. Esto pone en peligro el éxito de las instituciones responsables de hacer recomendaciones sobre reparaciones, que pueden llevar a interrogantes sobre la seriedad del proceso transicional en general. Dada la importancia de las reparaciones en un proceso transicional, proponer un programa con un horizonte de éxito muy incierto o excesivamente extendido, podría generar dudas sobre el compromiso con una renovación democrática.

Aquí vale la pena distinguir entre reparaciones en el sentido estricto, y los efectos reparadores de otros programas. El desarrollo, al igual que la justicia penal, por ejemplo, puede tener efectos reparadores. Sin embargo, esto no hace de ellos parte del ámbito de responsabilidad de quienes diseñan los programas de reparación. Desde luego, podemos reiterar aquí que estos últimos deben ser coherentes con otros aspectos de la política transicional. Esto es, el programa debe ser interna y externamente coherente, y debe evitar reproducir y perpetuar estructuras sociales injustas. En el último análisis, lo más probable es que un Gobierno transicional en un país pobre proponga un plan de desarrollo e, idealmente, el programa de reparaciones debe ser también coherente con este plan. Pero el punto en el que he hecho énfasis es que es importante establecer límites de responsabilidades entre diferentes políticas pues, estrictamente hablando, las responsabilidades de un programa de reparaciones no son las mismas que las de un plan de desarrollo o de inversión social.

4. Conclusión

La concepción de justicia en las reparaciones presentada aquí tiene como punto de partida la diferencia entre las exigencias de justicia en casos aislados, y aquellas exigencias atinentes al diseño de programas masivos. Intenta especificar algunos objetivos legítimos de estos programas, atendiendo a las limitaciones bajo las cuales habitualmente operan. Se ha insistido en la importancia de las reparaciones individuales, concediendo todo el tiempo que hay situaciones en las cuales la dimensión colectiva

es perfectamente apropiada. He defendido tanto la diferenciación de los beneficios como la necesidad de una coherencia interna y externa.

Nada de esto ofrece una fórmula que encarne lo que requiere la justicia en las reparaciones —y esa es una de las razones por las cuales el principio de *restitutio in integrum* continúa siendo atractivo en el ámbito de los programas masivos, a pesar de su patente inaplicabilidad—. Los tres objetivos en torno a los cuales he definido las exigencias de la justicia para estos casos requieren el ejercicio del juicio político, entendido en el sentido amplio de un juicio acerca de lo que está dirigido al bien común y es, a la vez, factible de conseguir. Este tipo de juicio nunca abunda. Sin embargo, no hay sustituto para él —ni siquiera las abstracciones legalistas pues, en el ámbito de las reparaciones masivas, la experiencia muestra que incluso estas no están disponibles—. Hacemos bien, entonces, en preguntarnos seriamente qué requiere la justicia en las reparaciones.

PROGRAMAS DE REPARACIÓN PARA VIOLACIONES MASIVAS DE DERECHOS HUMANOS: LECCIONES DE LAS EXPERIENCIAS DE ARGENTINA, CHILE Y PERÚ*

Cristián Correa

1. Introducción

El gran número de víctimas que suelen derivar de políticas de represión contra la disidencia o la subversión, o de conflictos armados internos o internacionales imponen un desafío a la hora de responder sobre el derecho que estas tienen al reconocimiento de la verdad, a la justicia y a la reparación. La masividad de los crímenes y el constituir ellas el resultado de políticas represivas imponen una serie de desafíos.

Se requiere de decisiones políticas y de la implementación de políticas públicas para responder a las secuelas de crímenes masivos que son también resultados de otras políticas públicas. Cuando el sistema político se ha corrompido y ha utilizado sus recursos, estructura y monopolio legítimo de la fuerza para reprimir a ciudadanos, violar sus derechos y cometer y amparar crímenes, no bastan los mecanismos tradicionales de adjudicación de disputas. Se requiere de programas administrativos de reparación que se acerquen a las víctimas, las escuchen y dispongan la implementación de una serie de medidas que respondan a las secuelas más graves. A través de dichas medidas y de reconocimientos explícitos de responsabilidad es que se puede expresar el mensaje opuesto a las violaciones: que las víctimas son parte importante de la sociedad y su dignidad es valorada.

* Una versión similar de este artículo apareció en portugués en la *Revista Anistia Política e Justiça de Transiçao*, publicada por el Ministerio de Justicia de Brasil, n.° 3, enero/junio 2010. En la elaboración de este texto contribuyeron Catalina Díaz y Javier Ciurlizza.

Para explicar cómo operan usualmente los programas administrativos de reparaciones se presentará una breve comparación de ellos con el mecanismo tradicional desarrollado por el derecho en materia de reparación de daños, como es la adjudicación judicial. Dicha comparación es relevante pues los principios y mecanismos que operan en ella son frecuentemente utilizados para definir las expectativas de lo que debe ser una reparación, dado que son los conceptos respecto de los cuales existe mayor familiaridad en relación con la noción de reparación. Se intentará demostrar cómo la naturaleza y magnitud de las violaciones masivas de los derechos humanos hacen necesario utilizar otros conceptos para justificar e implementar programas de reparaciones que respondan a las secuelas de estas.

Posteriormente se presentarán los desafíos más importantes para la definición de un programa de reparaciones, como son la definición del universo de víctimas, la definición de los titulares de reparación y la definición de las medidas de reparación. Para ello se utilizarán como ejemplos las experiencias de programas de reparaciones administrativos en tres países latinoamericanos: Argentina, Chile y Perú. Los dos primeros constituyen los casos de políticas que llevan mayor tiempo de ejecución, y que por ello permiten una evaluación de más largo plazo de sus efectos, así como de las distintas medidas que se han requerido para su ejecución. El caso peruano es más reciente y de menor grado de implementación, pero ofrece una alternativa de integralidad que es interesante de considerar.

Finalmente, se ofrecerán conclusiones en las que se comparan las tres experiencias reseñadas en cuanto a su capacidad para cumplir con el objetivo de reparar las violaciones del pasado reciente.

2. Reparación administrativa y adjudicación judicial

El mecanismo tradicional para la obtención de reparación a víctimas de crímenes es la adjudicación judicial. A través de ella, las víctimas demandan a tribunales la obtención de una reparación a la totalidad de los daños y sufrimiento padecidos. Los procesos judiciales exigen un papel activo de la víctima, como demandante, actuando en forma individual (aunque se admiten en ciertas jurisdicciones acciones colectivas). Requieren la acreditación de los daños, la determinación de los responsables y el establecimiento de la relación causal entre la acción u omisión culpable o dolosa de los responsables y los daños. Cumplidas estas condiciones, la sentencia que se dicta permite establecer con precisión las responsabilidades de los diferentes partícipes y, en su caso,

del Estado. Al establecer los hechos, la investigación judicial reconoce también la dignidad de la víctima, como persona que sufrió una agresión en forma injusta. Finalmente, la sentencia debe hacer una determinación precisa de los daños, sufrimientos y secuelas causadas por los crímenes sufridos por cada una de las víctimas en modo particular, incluyendo daños materiales e inmateriales. Así, la sentencia puede contener todos los elementos que permiten a la víctima recibir una reparación satisfactoria, que restituya o compense adecuadamente lo perdido, aun cuando muchos de los daños sean realmente irreparables.

Sin embargo, cabe preguntarse si estos mecanismos tradicionales para obtener verdad, justicia y reparación respecto de la criminalidad ordinaria, derivados de las nociones sobre responsabilidad extracontractual referida a daños patrimoniales o de responsabilidad objetiva del Estado por actos de la Administración que producen daño, en su caso, son los más apropiados para responder a violaciones masivas y sistemáticas. La comisión de violaciones masivas de los derechos humanos obliga a buscar otros mecanismos y principios que no son los mismos que los utilizados respecto de daños patrimoniales individuales. La naturaleza de las violaciones de los derechos humanos, como hechos de responsabilidad del Estado en los que este ha trastocado su finalidad y ha empleado sus potestades y recursos no para proteger a sus ciudadanos sino para agredirlos, obliga a que el propio Estado asuma un papel proactivo en reparar los daños y sufrimientos causados. La masividad de ella exige también que los mecanismos y principios invocados permitan un real acceso a las víctimas, en especial aquellas que viven en condiciones de marginalidad, y de asumir el objetivo de la reparación e integración de ellas como parte de un compromiso político.

En efecto, muy pocas víctimas están en condiciones de litigar, menos aun contra el Estado. Su capacidad para ejercer sus derechos, contar con la asesoría de un abogado, acceder a la justicia y lograr un resultado efectivo es limitada. Quienes han sufrido políticas represivas deben vencer el temor al que han sido sometidas por el terror impuesto. No es fácil para ellas confiar en instituciones del Estado, policías, procuradores y tribunales, luego de años de persecución, complicidad ante los crímenes o indiferencia, todo lo cual incrementa las tradicionales barreras que muchas personas tienen para acceder a la justicia. Aquellas que lo hagan tendrán dificultades para probar los crímenes, demostrar la autoría y acreditar daños cometidos años atrás. El costo personal de aquellas que intenten hacerlo será inmenso, y el resultado solo logrará favorecer a aquellas con mayores recursos propios, que logren mayor

visibilidad o que cuenten con el apoyo de organismos especializados. De esta forma, solo un limitado número de víctimas verá satisfechas sus expectativas, y frecuentemente aquellas más pobres o tradicionalmente excluidas permanecerán en la marginalidad.

Pero, por sobre todo, un Estado que pretende afirmar su legitimidad, como gestor del bien común, en la defensa y promoción de los derechos humanos, debe enfrentar las violaciones del pasado como parte de una política pública. Siendo estas violaciones el resultado de políticas de represión ejecutadas por el Estado en un pasado reciente, la mera tolerancia a demandas individuales no es suficiente para marcar una distinción respecto de un pasado represor que tergiversó la esencia de su misión. Se requiere de decisiones políticas y de la implementación de políticas públicas para responder a las secuelas de crímenes masivos que son también resultados de otras políticas públicas. Cuando el sistema político se ha corrompido y ha utilizado sus recursos, estructura y monopolio legítimo de la fuerza para reprimir a ciudadanos, violar sus derechos y cometer y amparar crímenes, no bastan los mecanismos tradicionales de adjudicación de disputas.

Una política de reparación de violaciones de los derechos humanos debe descansar en el reconocimiento de los crímenes cometidos, el reconocimiento de la responsabilidad estatal en ellos, el esfuerzo por llegar a todas las víctimas a través de acciones que reparen, en lo máximo posible, las secuelas del daño, y en garantizar que estas violaciones no volverán a cometerse. Esto se traduce, normalmente, en políticas de verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición. Ellas se apoyan unas a otras, pues difícilmente las víctimas se sentirán reparadas mediante la entrega de bienes materiales si no hay un reconocimiento de los hechos, de las responsabilidades o si no se modifican las estructuras que las hicieron posibles.

No obstante, la reparación misma que se entregue a las víctimas difiere de aquella que ellas recibirían de un proceso judicial. Una política de reparaciones administrativas requiere definir a quién y cómo reparar, bajo criterios diferentes de los empleados por los tribunales de acuerdo con las reglas ordinarias establecidas en la ley. Al definir a quién se reparará, se debe precisar qué tipo de violaciones y a quiénes, dentro de las víctimas, se debe incluir (si solo a las víctimas directas o también a qué familiares o víctimas indirectas). También implica definir cuál debe ser la forma de determinar la calidad de víctima merecedora de reparación, y cómo debe hacerse el registro de los titulares de reparación.

A su vez, la determinación de los daños que se repararán, y por consiguiente, las medidas de reparación, no pueden basarse en un examen individualizado y en requisitos similares a los que regulan la acreditación de hechos en juicio. Esto implica utilizar procedimientos y criterios que difieren de la evaluación económica de todos y cada uno de los daños sufridos, debiendo basarse en categorías amplias de afectación en los que se presumen los daños y se otorgan medidas similares para todas las víctimas de cada categoría. No obstante, esta falta de individualización de las medidas es compensada por medidas diversas y complementarias que responden a las formas de afectación más frecuentes y en el impacto desfavorable que las violaciones han tenido en su vida. Así, las medidas pueden intentar responder a las carencias más frecuentes en materia de ingresos, salud, educación y vivienda, así como a consecuencias específicas de otra naturaleza. Distintas víctimas percibirán algunas medidas más satisfactorias que otras, y entre ellas es posible que valoren más unas que otras, dependiendo de sus necesidades y expectativas específicas. De esta forma, este conjunto de políticas lo que persigue es, más que la

Reparación judicial	Reparación administrativa
Demanda individual a iniciativa de la víctima	Política colectiva del Estado a iniciativa de este
Restringida a solo aquellos casos exitosos en litigio	Cobertura amplia y masiva a víctimas que sean registradas
Evaluación individual del daño a cada víctima	Medidas comunes por categorías generales sin requerir demostrar detalladamente daños o secuelas
Carga de prueba en la víctima para determinar responsable, daño y nexo causal	Proceso de registro masivo en el que se presume que los daños sufridos son de responsabilidad del Estado sobre la base de patrones de violaciones
Alto nivel de umbral probatorio	Umbral probatorio bajo, a criterio del proceso de registro
Indemnización calculada según daño acreditado individualmente	Conjunto de medidas complementarias de restitución de dignidad y superación de secuelas
Con frecuencia indemnización de monto elevado, por ser equivalente al daño acreditado. En algunos casos acompañadas por medidas simbólicas	Montos reducidos que no intentan ser equivalentes al daño y que son complementados con otras medidas materiales y simbólicas
Acceso limitado	Acceso amplio dado por procesos de registro

compensación por un mal causado, la restitución de la dignidad de las personas a través del reconocimiento de la responsabilidad que tiene el Estado y de su compromiso, manifestado a través de acciones concretas, el reconocimiento de su dignidad, de su pertenencia a la sociedad y de su preocupación por ayudarlas a superar las secuelas de la violencia causada.

3. Definición del universo de víctimas

Definir el universo de víctimas es crucial para cualquier programa de reparación. Dicha definición comprende dos ejes: su definición por la naturaleza de la violación, es decir, qué crímenes deben ser cubiertos, y su definición por el ámbito del tiempo, es decir, cuál es el período de comisión de crímenes que debe ser cubierto. Para esto, resulta conveniente revisar, someramente, criterios que ofrece el derecho internacional y la experiencia de países con sistemas jurídicos similares y que han elaborado programas de reparaciones relativamente satisfactorios. Ello también implica revisar, en la experiencia comparada, cómo se han registrado las víctimas y en qué medida ellas han podido acceder a las políticas de reparación.

Para definir quiénes deben recibir reparación es preciso partir de la definición de qué crímenes deben ser objeto de reparación. Así, determinar qué víctimas deben recibir reparación debería obedecer a un criterio objetivo. Estas definiciones han sido diferentes en diversos casos, obedeciendo a las circunstancias de cada transición y, particularmente, a la capacidad de investigar, asumir y responder a todas las violaciones de los derechos humanos cometidas. Sin embargo, como regla general se podría afirmar que los crímenes a ser cubiertos, de forma prioritaria, son aquellos que constituyen violaciones graves de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario. Dos instrumentos útiles para dicha definición son el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, sin perjuicio de instrumentos regionales.

El artículo 7 del Estatuto de Roma define como crímenes de lesa humanidad, entre otros, al asesinato, exterminio, esclavitud, deportación, encarcelación, tortura, violación, violencia sexual, y la desaparición forzada "cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque". Por ataque contra una población civil la convención entiende "una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer el ataque o para promover esa política".

Esta definición está en consonancia con otras normas convencionales y consuetudinarias del derecho internacional, como la establecida en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el que reconoce ciertos derechos que no pueden ser suspendidos ni siquiera bajo "situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación" (art. 4.1), como son el derecho a la vida y a no ser privado de ella arbitrariamente, y la prohibición de ser sometido a tortura, esclavitud y servidumbre.

Si bien ambas convenciones pueden no haber sido ratificadas por un determinado país o no haber estado vigentes al momento de cometerse los crímenes que se investigan, los criterios que ellas definen pueden ser orientadores de lo que, en general, se entiende por violaciones de los derechos humanos que no pueden ser cometidas ni siquiera en circunstancias extraordinarias, y en consonancia con el derecho consuetudinario imperativo de aplicación general o *ius cogens*. Dicho criterio puede servir de base para la definición de políticas actuales, de acuerdo con la convicción presente del Gobierno y de la sociedad sobre lo que es aceptable y lo que es inaceptable.

No obstante lo señalado por las normas del derecho internacional citadas, la práctica de los países al implementar programas de reparación ha sido variada. Las primeras medidas de reconocimiento de la verdad sobre violaciones de los derechos humanos en Argentina y Chile se limitaron a la desaparición forzada. En Argentina, se refirió exclusivamente a la desaparición, y en Chile, de modo limitado también, pero incluyendo además la ejecución sumaria, la muerte bajo tortura y además la muerte como resultado de la violencia política, incluyendo casos de víctimas de grupos subversivos. No obstante, en ambos casos luego se han creado programas de reparación referidos a otras categorías de víctimas. Un caso diferente ha sido Perú, el que ha reconocido inmediatamente al conjunto de violaciones cometidas durante el conflicto armado interno, definidas ampliamente en el mandato y en las recomendaciones de la Comisión de la Verdad y Reconciliación.

En el caso argentino, las primeras medidas de reparación se refirieron a las víctimas identificadas por la Comisión Nacional sobre Desaparición de Personas (CONADEP)[1], y en un primer momento se otorgó una pensión mínima a sus familiares directos, sin perjuicio de que, como se explicará, años más tarde se entregaran otras medidas de

1 El Decreto 187 de 13 de diciembre de 1983 (publicado el 19 de diciembre) estableció en su artículo primero que el objeto de la Comisión Nacional era "esclarecer los hechos relacionados con la desaparición de personas en el país".

reparación. Ello en función a la relevancia que en el caso argentino se le dio a la desaparición forzada. No obstante, los familiares de detenidos desaparecidos que no habían sido reconocidos por la CONADEP también podían solicitar reparación a través de la denuncia ante autoridades judiciales o ante la Subsecretaría de Derechos Humanos y Sociales del Ministerio del Interior, creada al inicio de la transición. En la misma época se dictaron leyes para la restitución de sus puestos de trabajo o el pago de pensiones a personas exoneradas de sus funciones como profesores o funcionarios de empresas del Estado o de ciertas reparticiones públicas. Solo años después se aprobarían políticas de reparación para quienes fueron privados de libertad en virtud de las normas del estado de sitio, y para los niños que fueron sustraídos de sus padres, hechos desaparecer y dados ilegalmente en adopción. También, posteriormente, las medidas de reparación para detenidos desaparecidos fueron ampliadas a la entrega de bonos del tesoro público. En todos estos procesos posteriores se abrieron registros para la identificación de las víctimas.

Las víctimas de prisión política en Argentina no fueron reconocidas por una comisión de verdad, sino a través de una ley de reparación dictada siete años luego de entregado el informe *Nunca Más* y cinco después de dictada la ley que otorgó una pensión a los familiares de detenidos desaparecidos. No obstante, la reparación a las víctimas de privación de libertad utilizó un mecanismo y definió montos significativamente más elevados, los que generaron luego presión por parte de los familiares de detenidos desaparecidos para acceder a reparaciones de ese tipo.

En el caso chileno, la política de reparación incluyó a los familiares de las víctimas reconocidas por la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación (conocida como Comisión Rettig), así como a los familiares de las demás víctimas que serían reconocidas por el organismo creado para continuar el registro de víctimas e implementar las reparaciones, la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación. Este proceso se refería exclusivamente a "las violaciones más graves", entendiendo por tales a los "detenidos desaparecidos, ejecutados, torturados con resultado de muerte, en que aparezca comprometida la responsabilidad moral del Estado por actos de sus agentes o de personas a su servicio, como asimismo los secuestros y los atentados contra la vida de personas cometidos por particulares bajo pretextos políticos"[2]. La limitación a la

2 Artículo primero del Decreto Supremo 355 de 1990, que creó la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación.

desaparición forzada y la muerte se debió a la estimación, inmediatamente de recuperada la democracia, de que no era posible investigar toda la verdad de las violaciones de los derechos humanos.

No obstante, con el transcurso del tiempo y el fortalecimiento del régimen democrático, fue ampliado el proceso de reconocimiento de la verdad y de reparación a las víctimas de prisión política y tortura. Es así como trece años después de la recuperación de la democracia y de la creación de la Comisión Rettig se creó una nueva comisión para "determinar, de acuerdo a los antecedentes que se le presenten, quiénes son las personas que sufrieron privación de libertad y tortura por razones políticas, por actos de agentes del Estado o de personas a su servicio, en el período comprendido entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1990"[3]. Esta segunda comisión de la verdad, conocida como Comisión Valech, entendió que su mandato la autorizaba a calificar como víctimas a todas aquellas personas que hubieran estado privadas de libertad ilegalmente o sometidas a un régimen jurídico de excepción (leyes de estado de sitio u otras normas excepcionales o represivas). También incluyó a aquellas privadas de libertad sin respeto a ciertas garantías mínimas, ya sea en cuanto a sus condiciones de prisión, como en cuanto a los procedimientos judiciales a los que fueron sometidas. La Comisión presumió la ocurrencia de tortura, incluyendo la violencia sexual, en todos los casos en los que logró acreditar la privación de libertad, habiendo constatado que ella era práctica sistemática y frecuente en los referidos recintos. Sin embargo, tuvo dificultades para lograr convicción sobre casos de torturas cometidos fuera de recintos de detención, cuando no existía alguna forma de registro o de denuncia posterior de los hechos.

También ha habido otros procesos de reparación, como el pago de pensiones o la bonificación a las jubilaciones de decenas de miles de personas que fueron exoneradas de sus trabajos en la administración pública o en empresas del Estado por razones políticas, el pago de pensiones a campesinos privados de sus parcelas de reforma agraria y otras. Estas medidas, que han incluido a un número significativo de personas, han sido las que mayor impacto financiero han tenido en el Estado. En cuanto al límite temporal, en el caso chileno estuvo marcado

3 Artículo primero del Decreto Supremo 1.040 de 2003 que creó la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura.

por el período de extensión de la dictadura, y así lo precisaron los decretos de creación de ambas comisiones de la verdad[4].

En el caso peruano, las categorías de víctimas reconocidas lo fueron en un único proceso que se caracterizó por su integralidad y amplitud. La Comisión de la Verdad, creada luego de la caída de Fujimori, fue "encargada de esclarecer el proceso, los hechos y responsabilidades de la violencia terrorista y de la violación de los derechos humanos producidos desde mayo de 1980 hasta noviembre de 2000"[5]. La misma norma precisó el mandato estableciendo que "[l]a Comisión de la Verdad enfocará su trabajo sobre los siguientes hechos, siempre y cuando sean imputables a las organizaciones terroristas, a los agentes del Estado o a grupos paramilitares: (a) Asesinatos y secuestros; (b) Desapariciones forzadas; (c) Torturas y otras lesiones graves; (d) Violaciones de los derechos colectivos de las comunidades andinas y nativas del país; y (e) Otros crímenes y graves violaciones contra los derechos de las personas". En virtud de la amplitud de esta última definición la Comisión incluyó los asesinatos y las masacres; las desapariciones forzadas; las ejecuciones arbitrarias; la tortura y los tratos crueles, inhumanos o degradantes; la violencia sexual contra la mujer; la violación del debido proceso; el secuestro y la toma de rehenes; la violencia contra los niños y niñas; y la violación de los derechos colectivos. Esta amplitud, no obstante, incluía también un límite temporal preciso, que cubría desde la fecha de la primera acción violenta de Sendero Luminoso hasta la caída del régimen autoritario de Fujimori, como se verá más adelante.

Al no tener restricciones respecto de los tipos de violaciones, la Comisión propuso un plan integral de reparaciones que las incluyó a todas ellas. Dicho plan se transformó en ley[6], estableciendo un marco general para un programa amplio de reparaciones, incluyendo los programas de restitución de derechos ciudadanos, reparaciones en educación, en salud, colectivas, simbólicas, de promoción y facilitación al acceso habitacional, y otros a ser creados por el organismo encargado de su coordinación e implementación. La ley también definió diversas categorías de víctimas,

4 Considerando primero del Decreto Supremo 355 de 1990 y el artículo primero del Decreto Supremo 1.040 de 2003, ya citado.

5 Artículo primero del Decreto Supremo 065-2001-PCM que creó la Comisión de la Verdad. La Comisión fue creada durante el Gobierno interino del presidente Paniagua. El nombre de esta Comisión sería luego cambiado a Comisión de la Verdad y Reconciliación, por el presidente Toledo.

6 Ley 28.592, del 29 de julio de 2005.

incluyendo a los familiares de detenidos desaparecidos y muertos, los desplazados, torturados, víctimas de violación sexual, secuestrados, algunas categorías de heridos y lesionados, hijos producto de violaciones sexuales, menores reclutados por comités de autodefensa, etc. También incluyó a comunidades que sufrieron arrasamiento u otras formas de afectación colectiva. Finalmente, la ley estableció que las víctimas, tanto individuales como colectivas, debían ser registradas en un registro único. El reglamento de la ley precisa de qué forma cada uno de los programas referidos se aplica a cada una de las categorías de víctimas[7]. La implementación, no obstante, ha sido por partes, habiendo comenzado solo con las reparaciones colectivas a favor de comunidades de alta afectación. En la actualidad se discute la implementación del programa de reparaciones en salud, en educación y económicas (indemnizaciones), comenzando por las víctimas que son adultos mayores. Sin embargo, estas medidas dependen de los avances del proceso de registro.

No obstante su amplitud, la ley peruana estableció la exclusión como víctimas a las personas que fueran miembros de organizaciones subversivas[8]. Esta exclusión no fue el resultado de las recomendaciones de la Comisión de la Verdad y Reconciliación, que al igual que en el caso chileno no hizo exclusión de víctimas por sus conductas anteriores o posteriores a la violación sufrida, sino de lo fresco que estaba el recuerdo en las élites políticas y en parte de la sociedad de la amenaza de Sendero Luminoso y el movimiento Túpac Amaru. No obstante, ella es contraria a la noción de derechos humanos inalienables e inderogables. Como lo planteó la Comisión Valech de Chile al constatar la participación de víctimas en actos que constituyeron violaciones graves de los derechos de otras personas, “nada de esto justifica (…) la reclusión en recintos secretos, ni menos la aplicación de torturas”[9], decidiendo así su inclusión como víctimas titulares de reparación.

Se puede apreciar cómo en tres situaciones de conflictos y de transiciones diversas se han adoptado distintos caminos para definir el universo de víctimas a reparar. Así, a pesar de las diferencias en los procesos políticos de cada país y de las restricciones iniciales, con el transcurso del tiempo y el fortalecimiento de las democracias instauradas

7 Decreto Supremo 015-2006-JUS del 6 de julio de 2006.

8 Artículo 4 de la ley 28.592.

9 Informe de la Comisión Nacional de Prisión Política y Tortura, Santiago, 2005, p. 75.

se ha ampliado el universo de víctimas, asemejándolo al reconocido por el derecho internacional. Por otra parte, en los tres casos, la definición del universo de víctimas se ha referido a las personas que sufrieron determinados crímenes, habiéndose basado para ello en los registros de comisiones de la verdad que antecedieron las leyes de reparación, pero creando también los mecanismos para el registro de víctimas que no hayan sido incluidas en dichas comisiones, como se verá a continuación[10].

4. Definición del universo de víctimas según el período o circunstancias de la violación

El otro factor que suele delimitar una política de reparación es el período en el que ellas ocurrieron. Usualmente este período se caracteriza por el uso de medios extraordinarios de represión, que permitieron que estas prácticas fueran sistemáticas. Ello justifica la necesidad de usar, por su parte, métodos extraordinarios de reparación.

En efecto, los programas administrativos de reparación constituyen formas extraordinarias para garantizar la vigencia de los derechos humanos, como resultado de políticas de violación también extraordinarias. En un contexto de normalidad, cuando la ocurrencia de crímenes, incluso aquellos cometidos por agentes del Estado, es extraordinaria, existen los mecanismos usuales del derecho y de las instituciones jurídicas para proveer de justicia, verdad y reparación. La masividad y sistematicidad de violaciones, en cambio, requieren de respuestas extraordinarias, como son los programas administrativos de reparaciones.

De esta forma, para precisar el ámbito territorial y temporal de las violaciones a ser cubiertas por un programa administrativo de reparaciones se requiere identificar la vigencia del período de políticas represivas de excepción. Esto implica incluir todos aquellos casos que tiene como circunstancias comunes el haber ocurrido en una época, lugar y circunstancias en las que carecieron de la protección que el Estado

10 La definición del universo de víctimas se vincula también con aspectos prácticos, como es el proceso de registro de víctimas. Cabe hacer notar que en los casos de Argentina y Chile, donde los procesos han derivado de diversas leyes que han creado diferentes programas para cada categoría de víctimas, los procesos de registro han debido extenderse o reabrirse en varias ocasiones. En la actualidad, y luego de más de veinte años de la transición, Chile está completando un nuevo proceso de registro que debió abrir como consecuencia de la presión de las organizaciones de víctimas. En el caso de Perú, el registro es permanente, aunque en relación con el registro de beneficiarios de reparaciones económicas individuales se han impuesto plazos.

suele dar ante crímenes o violaciones aisladas de los derechos humanos. Estos factores suelen traducirse en masividad o en ser el resultado de una política de Estado, usualmente secreta, pero acompañada de declaraciones justificadoras de parte de las autoridades más altas del país o de la región respectiva, donde se denota al menos una tolerancia hacia ellas y una renuencia a investigar las alegaciones de crímenes. La conducta de las autoridades superiores, la policía (en relación con su disposición para recibir e investigar denuncias), las fiscalías y los tribunales constituyen elementos importantes para definir la existencia de patrones comunes que permitan identificar el período a ser investigado.

Una forma complementaria para hacer esta definición es considerar el período y lugar donde existió una situación de excepción constitucional o legal, como la declaratoria de estado de sitio o la vigencia de leyes extraordinarias que hayan disminuido la protección de derechos de las personas. No obstante, una aproximación excesivamente formalista o basada en la vigencia de leyes puede excluir algunos casos que responden a un mismo patrón de represión pero que antecedieron a la vigencia del período legal extraordinario u ocurrieron luego de su conclusión.

La definición de estos límites depende de las circunstancias de cada país. En el caso de Argentina, la CONADEP incorporó cerca de 600 casos de desapariciones cometidas antes del golpe de Estado del 24 de marzo de 1976 cuando eran parte de un patrón de represión común de parte de las fuerzas armadas. Luego, la ley 24.043 sobre reparación a víctimas de prisión arbitraria puso como límite temporal la declaratoria de estado de sitio, el 6 de noviembre de 1974, durante el Gobierno de María Estela Martínez de Perón. A su vez, una resolución de la Secretaría de Derechos Humanos en un caso de desaparición forzada precisó que, “para aquellos casos anteriores al 24.03.76 [es necesario] corroborar si estaban vinculados con el sistema general de los hechos en materia de conocimiento de la Causa 13 y que coincide con la metodología empleada por las Fuerzas Armadas o de seguridad ordenada a partir del 24.03.76, o en su defecto hayan sido ejecutadas por una organización paramilitar”[11]. El límite de término del período incluido en los programas de reparaciones fue la recuperación de la democracia, el 10 de diciembre de 1983.

11 Resolución de la Secretaria de Derechos Humanos en el expediente “Ortega Peña, Rodolfo s/ solicitud ley 24.411”, citado por Guembe, María José, “La experiencia argentina de reparación económica de graves violaciones a los derechos humanos”, en Díaz, Catalina (ed.). *Reparaciones para las víctimas de la violencia política. Estudios de caso y análisis comparado*. Bogotá: ICTJ, 2008, p. 52.

En el caso chileno, como ya se explicó, ambas comisiones de la verdad delimitaron el período de sus investigaciones y los programas de reparación subsecuentes a la duración de la dictadura. Antes de ese período y después de él, hubo casos muy limitados de violaciones, referidas a actos de violencia política cometidos por particulares, y existían los recursos ordinarios para que ellas obtuvieran amparo y justicia. No obstante, la rigidez de este límite ha sido causa de exclusiones injustas, como la negativa a reconocer como exonerados políticos a aquellos miembros de la Armada que fueron detenidos y exonerados días antes del golpe de Estado. Ellos fueron reconocidos como presos políticos solo al considerarse que su privación de libertad y tortura continuó luego del golpe.

En el caso del Perú, el período que demarca la política de reparaciones estuvo fijado en el mandato de la Comisión de la Verdad y Reconciliación, es decir, entre mayo de 1980 y noviembre de 2000. La delimitación obedece claramente al inicio de la denominada lucha armada iniciada por Sendero Luminoso y a la instalación del Gobierno transitorio que sucedió a Alberto Fujimori. Sin embargo, la Comisión de la Verdad y Reconciliación peruana desestimó, por ejemplo, conocer de ciertos casos vinculados a la operación Cóndor, aun cuando la fecha de dichas denuncias referían a secuestros producidos en julio de 1980 (y por ende, en el marco de la competencia temporal de la Comisión), pero que no respondían al patrón central de su mandato. En el Perú, las reparaciones están relacionadas tanto con el momento en el que ocurrieron como en su conexión con patrones de violencia producidos en el marco del conflicto.

5. La definición de los titulares de reparación

La definición de los titulares de reparación depende, obviamente, de la definición de los crímenes a reparar. Para ello es útil distinguir entre víctimas fallecidas o ausentes, como es el caso de los detenidos desaparecidos, y sobrevivientes.

5.1. Familiares de las víctimas fallecidas y ausentes

Está claro que los miembros de la familia directa deben ser presumidos como titulares de reparación en caso de muerte o desaparición. Sin embargo, la forma como esto se ha llevado a la práctica ha sido diferente en diversos países y no necesariamente se ha utilizado el esquema de la sucesión intestada. En efecto, tratándose de una

reparación a un daño que es material y moral, es difícil hablar de órdenes sucesorios de exclusión. Además, junto con definir quiénes deben recibir reparación, debe definirse cómo ellos deben distribuirse las medidas, en caso de que ellas sean susceptibles de distribución.

A primera vista se podría establecer que debe recibir reparación el o la cónyuge de la víctima, ya sea de un matrimonio legal o una relación de hecho, que cumple con algún requisito de estabilidad o permanencia, o la existencia de hijos comunes. También deben ser incluidos los hijos de la víctima y sus padres. Sin embargo, es posible observar variaciones en la inclusión de familiares en las tres experiencias estudiadas.

En algunos casos, como en Argentina, respecto a las pensiones otorgadas por la ley 23.466, se incluyó a los hermanos menores de edad, huérfanos de padre y madre, que hubieren vivido con la víctima o aquellos discapacitados y carentes de otros ingresos. En relación con los hijos, estos tenían derecho a la pensión hasta cumplir 21 años de edad, lo que fue luego ampliado a 25 años. Todos ellos tenían derecho a una pensión mínima, así como a acceso al sistema público de salud. En el caso de la reparación mediante el pago de un bono de consolidación de la deuda pública, el titular de ella era la propia víctima, el que debía distribuirse de acuerdo con las normas sucesorias. No obstante, en el caso de existir a la vez cónyuge y conviviente, la porción entre ambas debía ser distribuida en partes iguales.

En el caso chileno no se siguió el orden sucesorio, sino que se estableció un sistema especial, creado por la misma ley que otorgó la pensión y las demás medidas reparadoras[12]. Ella reconoció la calidad de titulares de reparación al cónyuge, a la madre y a falta de esta al padre, a los hijos discapacitados o que fueran menores de 25 años, y a la madre de hijos nacidos fuera del matrimonio. Todos ellos tenían acceso al Programa de Reparación y Atención Integral en Salud y los hijos, hasta 35 años, tenían derecho a becas de estudio que incluían el nivel universitario. La pensión se distribuía de una forma que el mayor número de titulares no hacía disminuir el monto que cada uno recibía. La pensión se calculó de acuerdo con un monto referencial equivalente al ingreso familiar medio. El o la cónyuge recibía 40% de ese monto; la madre recibía 30%, y solo si esta faltaba, el padre recibía 30%; cada hijo, no importando cuántos hubiere, recibía 15%; y la madre de hijos naturales recibía 15%

12 Ley 19.123, art. 20.

(esta discriminación fue luego corregida, aumentándose su proporción a 40%[13]). La existencia de cónyuge y madre de hijos nacidos fuera del matrimonio no disminuía sus porciones, ni tampoco la existencia de varios hijos, pues en esos casos el grupo familiar completo recibía más del 100% del monto referencial. Si había un solo familiar titular de la reparación esa persona recibía el 71% del monto referencial.

La ley peruana, por su parte, define en términos generales como titulares al cónyuge o conviviente, padre y madre e hijos, sin hacer precisiones sobre cómo se distribuyen la reparación. El programa de reparaciones económicas definido recientemente otorga un 50% del monto al cónyuge o concubino y el otro 50% a los demás familiares[14].

En la definición sobre los titulares, debe considerarse también el tiempo transcurrido y quiénes serán los familiares que, habiendo sido afectados por la violación, serán los que con mayor probabilidad debieran ser titulares de una reparación. Dentro de los esquemas de distribución es interesante observar las ventajas de sistemas que introducen menores posibilidades de exclusión o competencia entre los familiares. Ellos evitan agregar nuevas fuentes de conflicto entre los familiares y permiten, además, que la aparición posterior de un familiar no implique una reducción en los beneficios de otro, como es en el caso de la pensión inicial de Argentina o el esquema de distribución chileno. El reconocimiento de las uniones de hecho en igual categoría que las uniones legales también resulta aconsejable, incluyendo también algo que estas leyes no han hecho, como es el reconocimiento de uniones de parejas del mismo sexo. No obstante, debe advertirse que estos esquemas implican una mayor complejidad en la estimación de los costos finales, pues el monto final asignado respecto de cada víctima variará de acuerdo con el número de familiares que tengan. Por ello puede discutirse que no es de justicia entregar sumas diferentes respecto de cada víctima. Sin embargo, mirado desde la perspectiva del daño sufrido por cada familiar, parece justo que ellos deban recibir una suma equivalente, sin importar cuantos familiares sean. Si la reparación tiene por objeto afirmar la dignidad y sentido de pertenencia de los titulares de ella, y la pensión o suma única pretende garantizar cierto nivel de subsistencia, no parece justificado obligar a cada familiar a ver reducida su porción por la existencia de otros familiares en igual necesidad.

13 Ley 19.980, art. 1, párrafo 2, letra d.

14 Decreto 051-2011-JUS, art. 3.2.

5.2. Víctimas sobrevivientes

En caso de que se incluya en el programa de reparaciones crímenes que no conllevan la muerte o ausencia de las víctimas es la propia víctima la titular del derecho a reparación. No obstante, en caso de que esta haya fallecido, evento bastante posible cuando ha transcurrido un tiempo significativo desde el período de violencia, debe considerarse titulares subsidiarios a su familia directa. Ello es consistente con la constatación hecha por la Comisión Valech, que estudió los casos de tortura en Chile, sobre el impacto que esta tuvo en la familia de las víctimas. Ello llevó recientemente a ampliar las medidas de reparación a los hijos de las víctimas, en cuanto a incluirlos en el programa de salud, y al cónyuge sobreviviente, en cuanto a otorgarle una pensión equivalente al 60% de la pensión de reparación a que tienen derecho las víctimas directas[15]. Sin embargo, la limitación a solo las cónyuges sobrevivientes mujeres, excluyendo también a convivientes permanentes, y la reducción significativa del monto de una pensión que ya era baja, resulta al menos cuestionable. Esta reciente modificación también otorgó el derecho a las víctimas a traspasar su derecho a una beca universitaria a un descendiente directo[16]. Si bien esto responde a una demanda de las organizaciones de víctimas, se hace difícil poder decidir cuál de los hijos o nietos debiera recibir este beneficio. En efecto, la recomendación de la Comisión, consistente con su constatación del impacto de la prisión y tortura en la familia de las víctimas, había recomendado un programa de becas dirigido a todos los hijos.

6. Definición de las medidas de reparación

6.1. Reparación en dinero

La entrega de sumas de dinero es la forma más clara de reparación. Ella es la que se asocia inmediatamente a la noción de reparación y es también la utilizada frecuentemente por tribunales nacionales e internacionales para reparar daños y crímenes, sin perjuicio de que frecuentemente se reconoce que estos daños son irreparables y que lo que se pretende, de alguna forma, es meramente atenuar los efectos devastadores de la violación. No obstante, como se ha señalado

15 Ley 20.405, arts. transitorios 7, 12 y 14.

16 *Ib*., art. transitorio 6.

anteriormente, la reparación no consiste en la sola entrega de dinero cuando el Estado ha sido el responsable de los crímenes. Se requiere de un reconocimiento público de responsabilidad, de pedir públicamente disculpas por parte de las más altas autoridades de la nación, de hacer esfuerzos por investigar los crímenes, por encontrar a los detenidos desaparecidos y por garantizar que políticas represivas de esta naturaleza no vuelvan a implementarse. La reparación, entendida así es tanto simbólica como material, y la entrega de bienes debe ser asociada al reconocimiento de responsabilidad y del sentido de pertenencia de las víctimas. Todo esto no implica que la materialidad de la reparación sea irrelevante. El contenido del mensaje de reconocimiento de la gravedad de los crímenes cometidos se expresa también en el valor que se asigna a la reparación.

La reparación dineraria suele adoptar dos modalidades: la entrega de pensiones o la entrega de sumas únicas, aunque estas puedan también ser pagadas en varias cuotas. Ambas modalidades ofrecen ventajas y desventajas, como se expondrá a continuación.

a) Sumas únicas de dinero

La entrega de una suma única de dinero, pagada en una o varias cuotas, representa el valor que se asigna a la pérdida sufrida por la víctima. Ofrece un sistema de distribución simple, el que pude hacerse además en ceremonias en las que se incluyen elementos importantes de reconocimiento simbólico. Es además, la modalidad que las víctimas suelen demandar, influenciadas por sus conocimientos de cómo operan las indemnizaciones provenientes de decisiones judiciales y por su natural desconfianza al cumplimiento de pagos diferidos en el tiempo.

Las sumas de dinero pueden ser idénticas para cada víctima o calculadas en función del perjuicio material directo, el daño emergente y el lucro cesante (estimado sobre la base de los ingresos de la víctima y su expectativa de vida, en el caso de muerte o desaparición, o del período de privación de libertad). Además, se requiere un factor adicional para calcular el daño moral. No obstante, este tipo de diferenciaciones no solo puede llevar a complejos procesos de definición individual que son imposibles de realizar ante una cantidad masiva de víctimas, sino que también puede generar percepciones de inequidad, al reparar más a aquellos de mayores recursos, como si se asignara mayor valor a la vida de unos que a la de otros.

Una forma interesante de presumir la extensión del daño, incluido el daño moral, fue la utilizada en Argentina, primero en relación con la detención arbitraria y luego extendida a la desaparición forzada y a la sustitución de identidad. La fórmula se basó en el monto del salario más alto de la escala de remuneraciones fiscales. Así, en el caso de detención arbitraria se pagó el equivalente de dicha remuneración de acuerdo con los días de privación de libertad[17]. Dicho monto era incrementado en caso de muerte durante la privación de libertad o de haber sufrido lesiones gravísimas. Luego, en el caso de desaparición forzada o muerte como consecuencia del accionar de las fuerzas de seguridad se empleó el mismo parámetro (la remuneración del escalafón más alto de la administración civil) multiplicado por 100[18].

Luego de actualizaciones el monto equivalió a 322.560 pesos argentinos, en una época en la que existía paridad cambiaria con el dólar, sin perjuicio de la posterior devaluación que afectó a la economía argentina. No obstante, como se verá más adelante, estos montos no fueron pagados en dinero, sino en bonos de consolidación de la deuda pública, que implicaban que el pago no se realizaba sino con posterioridad. Luego, se otorgó una reparación similar, equivalente a 20 sueldos del mismo escalafón, a los niños nacidos durante la privación de libertad de sus madres o que hubieren permanecido detenidos con motivo de la detención de sus padres, así como aquellos que hubieren sufrido la sustitución de sus identidades[19].

El uso, en Argentina, del equivalente a la remuneración más alta de la administración pública tenía un claro sentido de reparación simbólica. Sin embargo, su asociación a la extensión de la privación de libertad o a la existencia de lesiones físicas puede no reflejar la intensidad del sufrimiento padecido ni la real extensión del daño. Ello puede llevar a omitir la consideración de las condiciones de privación de libertad (la internación en recitos secretos o públicos), como también formas de tortura que pudieron no dejar lesiones físicas o la violación sexual dentro de las categorías más graves a reparar. Además, este cúmulo de distinciones puede hacer más complejo el proceso de verificación, pues ya no solo será necesario comprobar el hecho de la privación de libertad,

17 Ley 24.043, art. 4.

18 Ley 24.441, arts. 1 y 2.

19 Ley 25.914, arts. 1 y 4.

sino su extensión y la existencia de discapacidades que hayan resultado de ella. Todo ello hace cuestionable la conveniencia de hacer distinciones complejas, que pueden marcar diferencias entre víctimas y subvalorar formas de sufrimiento que afectan ciertas categorías de víctimas. Algunas de estas distinciones, que están frecuentemente basadas en las formas más comunes de afectación física, pueden llevar a una subvaloración de las formas de afectación más frecuentes en mujeres, como ocurre con la consideración de lesiones que causan discapacidad, que hacen caso omiso a las consecuencias más invisibles, pero quizá igual de devastadoras, de formas de violencia sexual. Tampoco consideran la afectación a niños y niñas, que pueden sufrir secuelas que impacten el resto de sus vidas al verse privadas de su niñez o de la educación que tenían derecho a recibir en el corto período de infancia y adolescencia. En el caso de estas sumas de dinero, debe evaluarse también cómo ellas pueden ser distribuidas entre los familiares directos, en los casos de muerte o ausencia de las víctimas directas, como ya ha sido explicado.

Para que el pago de una suma de dinero genere un efecto reparador y pueda efectivamente transmitir un mensaje de que el Estado reconoce su responsabilidad en crímenes graves debe ir acompañada de otras medidas, tanto materiales como simbólicas, como se verá más adelante. Si no, se corre el riesgo de que el pago sea percibido como un intento de comprar las conciencias de las víctimas, "comprar el muerto", como podría decirse. En el caso argentino, el pago de sumas muy sustanciales, aunque a través de un mecanismo que implicaba su postergación, realizado sin ningún otro elemento de reconocimiento de responsabilidad y en forma simultánea al indulto de perpetradores, generó un efecto negativo en las víctimas. Ello puede ser más grave aun cuando junto al otorgamiento de estas sumas se impone la renuncia a derechos civiles, que pueden dar lugar a investigaciones judiciales que permitan identificar responsables y establecer los hechos.

Por su parte, el pago de una suma relativamente cuantiosa a habitantes de comunidades campesinas pobres puede generar disrupciones comunitarias y familiares. Es posible que la súbita aparición de dinero dé lugar a conflictos familiares o entre vecinos, así como a intentos de defraudación.

Finalmente, el pago de sumas únicas a un gran número de víctimas puede implicar una fuerte presión sobre un ejercicio fiscal determinado. Ello obliga a buscar alternativas de financiamiento o de distribución del

pago en varios ejercicios presupuestarios. Existen mecanismos utilizados para esto, como el pago en varias cuotas o incluso el pago en pagarés canjeables en bancos, que permiten a la víctima recibir inmediatamente la indemnización y al banco luego cobrar al fisco en períodos anuales sucesivos, cobrando intereses previamente convenidos. Una alternativa que se discute en Perú para esto es la priorización de ciertas categorías de víctimas para el pago por años, de acuerdo con la edad de ellas o con otros criterios de vulnerabilidad. Sin embargo, ello implica exigir a víctimas, que ya han esperado dos décadas o más, continuar esperando.

b) Pensiones

La entrega de pensiones ofrece la oportunidad de demostrar a la víctima que el Estado se compromete a velar por su bienestar y subsistencia de por vida. En este sentido, tiene menos riesgos de que la reparación sea entendida como el "pago del muerto", de que sea mal utilizada o que genere conflictos familiares o comunitarios. La reparación puede ser vista como una contribución de la sociedad a que la víctima supere las consecuencias de largo plazo que el crimen ha tenido en su vida, a través de un soporte económico periódico. La periodicidad puede ayudar también a transmitir un mensaje que se entregue no una sola vez, sino en forma repetida. Además, ofrece la posibilidad de garantizar que las víctimas no caerán en pobreza en el futuro, situación que podría resultar embarazosa para el Estado.

No obstante, el pago mediante pensiones puede ser percibido como un pago muy reducido, no equivalente a la dimensión del daño. Puede tener un efecto simbólico inmediato limitado o ser confundido con una medida de seguridad social, a la que el Estado estaría obligado de todos modos. Un pago periódico en los casos en los que no existe infraestructura para hacer los pagos o se requiere que las víctimas tengan cuentas bancarias puede requerir gastos administrativos y complicaciones importantes tanto para su implementación como para su accesibilidad.

Una forma de subsanar la primera de estas objeciones es incorporar un pago único junto con la primera cuota, que podría ser equivalente a un año completo de la pensión. Así, las víctimas percibirían un monto inicial más sustantivo que es capaz de transmitir el simbolismo necesario. También ello puede hacerse para suplir el reducido monto que recibirá un hijo o hija por llegar a la edad de término del beneficio. En el caso de Chile, los familiares de detenidos desaparecidos y ejecutados recibieron

el equivalente a un año de pensión, junto con la primera cuota. De la misma forma, luego de una evaluación hecha después de más de diez años de la implementación de esta medida, los hijos que por su edad no recibieron nada o recibieron menos de cierto mínimo, pudieron solicitar una suma única equivalente a US$ 19.000 o de lo que les hubiere faltado por recibir de esa suma[20]. Por su parte, la objeción respecto del monto a recibir se ve compensada en el transcurso del tiempo, pues con el paso de los años las sumas finalmente transferidas no son insignificantes.

En cuanto a la definición de los montos de las pensiones, no existen parámetros establecidos. Las normas de derecho internacional en materia de reparación hablan de restitución y compensación, utilizando un criterio de proporcionalidad al daño sufrido por los perjuicios económicamente evaluables, conceptos usualmente asociados al pago de sumas únicas. Sin embargo, dichas normas se sitúan principalmente en el caso de violaciones individuales, y no de programas masivos.

En el caso argentino, la pensión inicial a los familiares de detenidos desaparecidos fue la pensión mínima que reciben todos los jubilados, a la que tenían derecho todos los titulares de reparación por igual. Sin embargo, los montos de las pensiones mínimas muchas veces son muy reducidos y, con frecuencia, no permiten garantizar una subsistencia siquiera modesta. Si es así, su capacidad de expresar reconocimiento es muy limitada. Esta insuficiencia explica también que luego, cuando se reparara con montos significativos a las víctimas de privación de libertad, fuera imposible no incluir, de acuerdo con un parámetro y mecanismo similar, a los detenidos desaparecidos y muertos. Estos obviamente no podían sentirse satisfechos con haber recibido una pensión mínima, cuando las víctimas de prisión arbitraria comenzaron a recibir sumas mayores.

En el caso chileno se han utilizado dos criterios para determinar el monto de pensiones: respecto de detenidos desaparecidos el criterio fue un monto referencial, cuya forma de distribución ya se explicó, calculado sobre la base del ingreso familiar medio de la época (equivalente, en su momento, a US$ 537, y luego incrementado en 50%). Como se ha dicho, una viuda o un viudo recibía el 40% de este monto, es decir, US$ 322, luego del incremento; una madre, el 30%, es decir, US$ 241; y un hijo o hija, 15%, es decir, US$ 121, además del pago inicial del equivalente a un año de la

20 Ley 19.980, art. 5.

pensión. A su vez, en el caso de las víctimas de prisión política y tortura la pensión variaba según la edad de la víctima, partiendo por un monto equivalente a US$ 230. No obstante, estos montos, y particularmente el asignado a las víctimas de prisión política y tortura, han sido estimados como insuficientes por las organizaciones de víctimas.

Factores como el ingreso promedio familiar, es decir, indicadores socioeconómicos que son equivalentes a las condiciones de vida en el país, en lugar de unidades artificiales de reajustabilidad fiscal, como unidades tributarias o incluso el sueldo mínimo, pueden ser más útiles para determinar el monto de lo que podría ser percibido como lo justo. La medida puede así presentarse como un aseguramiento a un mínimo común a los demás ciudadanos del país.

En el caso peruano, el Gobierno recientemente ha establecido un monto, equivalente a US$ 3.650[21]. Sin embargo, la reacción negativa con que la medida ha sido recibida, a poco más de un mes del cambio de Gobierno, hace esperable que el programa sea redefinido por el futuro Gobierno.

Finalmente, no es necesario explayarse en la oportunidad que esta modalidad ofrece para distribuir la carga fiscal en numerosos años, haciendo más fácil su financiación. Ello se traduce en una mayor capacidad del Estado de pagar una suma significativa con el paso del tiempo.

6.2. Reparación a través de acceso a programas sociales

En forma complementaria al pago de sumas de dinero, tratándose de reparaciones de violaciones masivas de los derechos humanos, es frecuente encontrar programas de atención o de acceso a servicios de salud, educación, vivienda y asistencia jurídica o social. Estos programas han sido entendidos por el derecho internacional como medidas de satisfacción a víctimas, referidas a diversas formas de afectación cuya reparación puede lograrse no mediante la restitución o compensación, sino mediante la prestación de un servicio.

No obstante, para que estos programas sean percibidos como reparadores deben estar enfocados en responder modalidades de afectación específicas, y no solo como formas de facilitar el ejercicio de derechos sociales que debieran ser accesibles a todos los habitantes. Además de que estos programas debieran ser acompañados de

21 Decreto Supremo 015-2006-JUS.

reconocimiento de responsabilidad de parte del Estado, es preciso entonces marcar una diferencia de ellos con respecto a los demás servicios sociales, como se verá en cada caso. Para marcar esa diferencia y responder a secuelas que provienen de las violaciones es recomendable consultar la especificidad de sus modalidades de ejecución con las víctimas y elaborarlas de acuerdo con el perfil de edad, condición socioeconómica y necesidades y demandas de ellas. En Perú y Chile se han incluido programas de reparación en salud, educación, vivienda y atención social. Estos programas varían en su extensión y contenidos, así como en el grado de efectividad de su implementación, y deben responder a las necesidades específicas de la población objetivo. Es así difícil trazar líneas generales de orientación, más allá de resaltar la importancia de marcar una distinción respecto de los programas sociales generales. No obstante, se explicarán algunas consideraciones de los programas de salud y educación, y asistencia social y jurídica. Otras posibilidades incluyen la facilitación al acceso de vivienda, donde básicamente se incorpora a las víctimas a las políticas generales de subsidio a la vivienda en condiciones más ventajosas.

a) Medidas de salud

La salud tiene un muy fuerte impacto en la sensación de recuperación de las personas, y también en la sensación de que hay alguien que se preocupa por ellas. La atención en salud es una atención personalizada, que se refiere a la psique y al cuerpo de las personas, y que tiene un gran potencial reparador. En términos jurídicos, además, las víctimas tienen derecho a la rehabilitación física y psicológica[22]. Para ello se requeriría de servicios médicos especiales que atiendan el daño que padecen las víctimas. Habría que indagar primero si se presentan este tipo de daños, de qué tipo exactamente y cuáles son los recursos disponibles para la prestación de los servicios adecuados.

En el caso de Argentina, las víctimas tenían acceso al sistema público de salud. Sin embargo, ello no significó una diferencia sustancial

22 Véase al respecto la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación con los contenidos de la obligación de reparación, y los Principios y Directrices Básicos sobre el derecho de las Víctimas de Violaciones Manifiestas de Derechos Humanos y de Violaciones Graves al Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones, Resolución 60/147 aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 16 de diciembre de 2005 (A/RES/60/147), y particularmente el principio 21.

para ellas. En el caso de Chile, en cambio, fue establecido un programa especial, denominado Programa de Reparación y Atención Integral en Salud. El programa garantiza el acceso al sistema público de salud, pero por sobre todo ofrece una atención especializada de primera acogida exclusiva para las víctimas. Se estructura a través de equipos pequeños de asistentes sociales, médicos generales, psicólogos y horas de psiquiatría basados en los hospitales. Estos equipos, compuestos por profesionales que comprenden las necesidades de las víctimas de violaciones de los derechos humanos, les prestan atención directa, especialmente en salud mental. Algunos equipos hacen esto a través de grupos de autoayuda, además de apoyo individual. Si la persona requiere de servicios especializados es derivada a la red de salud pública. En algunos casos de demandas especificas, como para prestar apoyo psicosocial en procesos de exhumación o identificación de detenidos desaparecidos, el Gobierno ha contratado los servicios de ONG especializadas.

Es interesante notar que el acceso a servicios de salud no está limitado a las secuelas directas de las víctimas, sino a todo tipo de especialidades. Ello obedece a la necesidad de responder a las múltiples secuelas que las violaciones pueden tener, siendo difícil determinar cuáles son consecuencias directas y cuáles no. Lo más importante es que las víctimas suelen atribuir a la tortura o padecimientos sufridos por la desaparición de sus seres queridos las más diversas formas de afectación de su salud, y que, por otra parte, no es del todo descartable que dicha atribución sea cierta. Además, un examen para acreditar o descartar dicha atribución no solo requeriría incurrir en gastos, sino que dichos exámenes podrían constituir una nueva forma de maltrato y victimización.

En el caso de Perú, el decreto que reglamenta la ley del Plan Integral de Reparaciones incluye la incorporación de algunas categorías de víctimas al Seguro Integral de Salud, es decir, al sistema público y gratuito de salud. El decreto hace menciones generales referidas a la “atención integral en servicios públicos de salud, priorizando a niños, mujeres y ancianos”; la “recuperación integral desde la intervención comunitaria, que incluye: reconstrucción de las redes de soporte comunitario; recuperación de la memoria histórica, y creación de espacios comunitarios para la recuperación emocional”. También menciona la “recuperación desde la intervención clínica, lo que implica el diseño de un modelo de atención clínica que se ajuste a las necesidades y recursos humanos de las diversas zonas del país”; la “promoción y prevención a través de la educación y sensibilización”; la “inclusión en las políticas públicas de salud”; y la

"mejora de la infraestructura de atención en los servicios de salud"[23]. No obstante, además de la inclusión en el Seguro Integral de Salud, al que muchas víctimas tienen igual derecho por ser pobres, poco de esto ha sido implementado, aun cuando muchas de estas medidas no debieran estar limitadas al registro de víctimas.

b) Becas de educación

La educación tiene un enorme potencial transformativo y ofrece enormes posibilidades para romper el ciclo de victimización y las secuelas transgeneracionales de las violaciones. Por ello, implementar medidas especiales que faciliten el acceso a la educación de las víctimas o sus familiares directos puede tener un gran efecto reparador. Las víctimas directas pueden recuperar cierto sentido de agencia, sentirse orgullosas de sí mismas y desarrollar sus potencialidades, a la vez de mejorar sus condiciones para asegurarse un ingreso económico sustentable y superior. Para las víctimas directas, percibir que sus hijos o nietos acceden a la educación puede ser una importante forma de reconciliarse con el futuro, al percibir que ellos podrán superar las pecuarias socioeconómicas derivadas de los crímenes sufridos. Concebida de esta forma, la educación puede ser percibida también como una forma de rehabilitación.

Así como en relación con las demás medidas, lo apropiado de esta categoría de servicios depende de las necesidades e intereses de las víctimas, lo que es influenciado por su edad, el tiempo transcurrido desde las violaciones, sus condiciones actuales de acceso a la educación o los obstáculos que enfrentan para acceder a ella. Ello permite definir si los depositarios de estas medidas serán las víctimas directas, sus hijos o hasta sus nietos. También indicará si la prioridad deberá estar dada en el acceso a la educación básica, media o superior, además de programas de estudios vocacionales, educación de adultos, o alfabetización. También indicará la necesidad de componentes de educación intercultural o bilingüe. En algunos casos la educación básica y media está teóricamente garantizada y es gratuita, pero la tasa de cobertura entre las víctimas es muy baja. Ello requiere observar los obstáculos que las familias de víctimas enfrentan e implementar medidas que respondan a ellos. Una de estas medidas puede ser la entrega de pagos condicionados que estimulen la asistencia y el logro de ciertas metas de aprendizaje de hijos o nietos de víctimas cuya educación se pretenda garantizar, además de

23 Decreto Supremo 015-2006-JUS, art. 22.

asegurar la gratuidad efectiva de la enseñanza. Otra alternativa es la entrega de estipendios para la compra de útiles escolares, uniformes o transporte, que facilite también la continuación de los estudios. Lo mismo se puede decir en relación con la educación universitaria, la que puede ser facilitada no solo mediante el pago de tuición o de estipendios o sumas condicionadas a asistencia y resultados, sino también mediante la existencia de programas de preparación para la universidad.

Sin embargo, estas medidas pueden ser insuficientes para responder a las necesidades de aquellos que eran niños durante el conflicto, y que se vieron privados de educación como consecuencia de este, pero que ya no están en edad escolar. Ello requiere el diseño e implementación de programas especiales que combinen la nivelación de estudios, junto con programas vocacionales para la inserción laboral. Estos programas deben considerar que, por la edad actual de sus titulares, para garantizar la asistencia y finalización de ellos se requiere otorgar medios de subsistencia o ser realizados en horarios que hagan compatible el trabajo.

En el caso de Perú, el Reglamento de la Ley establece también programas de alfabetización y de educación de adultos, en consideración a las características campesinas e indígenas de la población afectada[24]. Esto implica la creación de programas especializados con profesores entrenados y ubicados en las zonas de mayor concentración de víctimas. No obstante, lo dispuesto en estas normas aún no ha sido implementado.

En el caso de Chile, los hijos de las víctimas de desaparición forzada y ejecución política tenían derecho a una beca de estudio hasta cumplir los 35 años de edad[25]. El extendido límite de edad perseguía beneficiar a personas que ya hubieran salido del ciclo regular de educación, pero que aún pudieran estar en condiciones de aprovechar la medida. No obstante, las becas no estuvieron asociadas a requisitos de asistencia, rendimiento ni finalización de los programas de enseñanza, siendo frecuentes los casos de estudios quedados sin finalizar. El error fue repetido al definirse la reparación en educación respecto de víctimas de prisión política y tortura, cuyo promedio de edad al dictarse la ley de reparación era de 55 años. En este caso, al estar abiertas las becas a universidades privadas, algunas de ellas crearon programas específicos para víctimas que, si bien podían ser bienvenidas por personas que, de otro modo, no podrían acceder a la educación universitaria,

24 Decreto Supremo 015-2006-JUS, arts. 17-21.

25 Ley 19.123, art. 29.

en algunos casos implicaron cursos que no conducían a títulos académicos de utilidad, y cuyo valor resultó excesivo. Faltó haber previsto la creación de cursos que respondieran mejor a las diversas necesidades y características de los potenciales beneficiarios y un sistema de mayor control en la asignación de recursos públicos. Solo recientemente se ha autorizado a traspasar la beca a un descendiente[26], lo que si bien puede dar lugar a un mejor uso del beneficio, coloca a las víctimas en el difícil dilema de tener que escoger a cuál de sus hijos o nietos beneficiar.

c) Servicios jurídicos o sociales

Dependiendo de las diversas secuelas de los crímenes, otras medidas pueden ser necesarias para la completa reparación de las víctimas. Si de ella se ha seguido la indocumentación de personas, o su inclusión en registros prontuariales que afecten el honor y el acceso al trabajo, deben buscarse formas masivas y extraordinarias para superar esos inconvenientes. Para ello pueden no bastar los mecanismos ordinarios de asistencia jurídica, para la preconstitución de registros o para su eliminación. Dada la responsabilidad del Estado al haber permitido la destrucción de esos registros, o de haber hecho imputaciones que derivaron en la inclusión de las víctimas en registros prontuariales, puede ser importante que sea el propio Estado, a través del empleo de las nóminas de víctimas, que repare estos daños.

El gran número de indocumentados que resultaron del conflicto en Perú, donde Sendero Luminoso tenía como práctica la destrucción de los registros civiles, impone un desafío particular para la documentación de personas que habitan en zonas donde el Estado tiene poco acceso. El proceso de reconstrucción de registros civiles ha sido lento, en parte por imponer una carga excesiva en las víctimas para probar su estado civil. Al igual que con los registros de víctimas, se requiere en estas medidas mecanismos extraordinarios, accesibles y de iniciativa del Estado, donde la carga que se imponga a las víctimas sea la mínima, aun con riesgo de cometer ciertos errores. El beneficio de otorgar la debida documentación y registro para todas las víctimas puede ser mayor que la certeza de la no comisión de errores o fraudes en una proporción menor de casos.

Por otra parte, es posible que las víctimas tengan otro tipo de necesidades sociales, de acceso a beneficios abiertos a todas las personas.

26 Ley 20.405, art. transitorio 6.

Puede ser conveniente dotar a los municipios de alta concentración de víctimas de asistentes sociales que tengan especial conciencia de las violaciones cometidas y que puedan hacer un esfuerzo adicional para asegurar que las víctimas accedan a estos beneficios. También puede ser conveniente que el organismo encargado de la implementación y de la coordinación de toda esta política cuente con ese tipo de profesionales, como es el caso del Programa de Derechos Humanos del Ministerio del Interior de Chile.

6.3. Reparación simbólica

Toda medida de reparación es a la vez material y simbólica. La forma como se entrega una pensión o una suma de dinero, la forma como se entregan servicios de salud, educativos, subsidios de vivienda o asistencia jurídica y social tiene gran importancia para que las víctimas le atribuyan capacidad reparadora a estas medidas. Adicionalmente, hay medidas específicas de reparación simbólica que pueden ayudar a poner en un contexto reparador a este conjunto de políticas. De esta forma, será posible entregar a las víctimas un mensaje coherente: que el Estado reconoce las violaciones cometidas, que se compromete con el bienestar de las víctimas para hacerse cargo de las secuelas de estas, y que demuestra la voluntad de evitar su repetición. Entre las medidas de reparación simbólica, se pueden encontrar las siguientes:

a) Reconocimiento de responsabilidad

El reconocimiento de la responsabilidad del Estado en las violaciones de los derechos humanos es muy importante. Dicho reconocimiento ha estado presente en los casos de Argentina, Chile y Perú, y le ha dado fuerza moral y credibilidad a los programas de reparaciones. La fuerza de dicho reconocimiento puede ser mayor mientras mayor sea la investidura y la capacidad de representar al Estado de quien la hace, siendo el mejor ejemplo la hecha por un jefe de Estado en una ocasión solemne y de gran difusión pública. Un ejemplo de dicho reconocimiento es el realizado por el presidente Aylwin, de Chile, al momento de hacer público el informe de la Comisión de Verdad y Reconciliación:

> Cuando fueron agentes del Estado los que ocasionaron tanto sufrimiento, y los órganos competentes del Estado no pudieron o no supieron evitarlo o sancionarlo, y tampoco hubo la necesaria reacción social para impedirlo, son el

> Estado y la sociedad entera los responsables, bien sea por acción o por omisión. Es la sociedad chilena la que está en deuda con las víctimas de las violaciones de los derechos humanos.
>
> Por eso es que las sugerencias sobre reparación moral y material que formula el Informe son compartidas por todos los sectores.
>
> Por eso es que yo me atrevo, en mi calidad de presidente de la República, a asumir la representación de la nación entera para, en su nombre, pedir perdón a los familiares de las víctimas.
>
> Por eso, también, pido solemnemente a las Fuerzas Armadas y de Orden, y a todos los que hayan tenido participación en los excesos cometidos, que hagan gestos de reconocimiento del dolor causado y colaboren para aminorarlo.

El discurso fue acompañado por la publicación del informe completo en un periódico del Estado, por el envío de un oficio a la Corte Suprema abogando por la continuación de las investigaciones judiciales sin aplicar, al menos en forma inmediata, el decreto ley de amnistía, y por el envío de proyectos de ley sobre reparaciones, declaración de ausencia por desaparición forzada, creación del Defensor del Pueblo y otras iniciativas, aunque solo la primera, sobre reparaciones fue finalmente aprobada (iniciativas similares a las dos últimas serían recién aprobadas en el 2009). La petición de perdón, de por sí significativa, fue complementada por las demás medidas.

b) Políticas de memoria

Las violaciones masivas de los derechos humanos van usualmente acompañadas de políticas de propaganda, ocultación de los hechos y denigración de las víctimas. Un factor importante de un programa de reparaciones es el establecimiento de la verdad y la difusión de dicha verdad. Esto se puede hacer mediante la redacción de un informe, que recoja los testimonios de las víctimas y explique cómo fue implementada la política de reparación. Dicho informe puede ser dado a conocer a través de múltiples medios, como exposiciones itinerantes, documentales,

etc. Además de ello, existen múltiples mecanismos que pueden permitir dar luz a este período histórico y estimular la reflexión y debate en torno a él y a la importancia de la vigencia de los derechos humanos incluso en períodos de emergencia, incluyendo el recojo de testimonios, su publicación o la creación de fondos literarios para que las víctimas puedan publicarlos. La difusión masiva del informe *Nunca Más*, de Argentina, es un valioso ejemplo de reconocimiento social de la política criminal cometida durante la dictadura.

Una forma adicional de reconocer simbólicamente la existencia de violaciones por largo tiempo silenciadas y darle reconocimiento físico es mediante la construcción de monumentos públicos, museos, memoriales y otros lugares de memoria, donde se reconozcan los hechos y se dé tributo a las víctimas. Esto puede tomar múltiples formas, pero puede ser conveniente incorporar en forma activa la participación de las víctimas, de modo que se vean representadas en las obras a construir. De lo contrario, ellas carecerán de simbolismo. A su vez, la mera construcción de obras sin que existan esfuerzos reparadores o de justicia puede generar mayor frustración.

En el caso de Perú, el Estado no ha levantado obras, sino que han sido las organizaciones de la sociedad civil las que las han hecho, o algunos Gobiernos regionales, en función de su autonomía. Las obras elaboradas por las víctimas o de iniciativa de actores privados han sido apropiadas por el movimiento de derechos humanos, y es así como la conmemoración de la entrega del *Informe Final* de la Comisión de la Verdad y Reconciliación se realiza todos los años en un monumento hecho por una escultora como iniciativa privada. Solo recientemente, y forzado por una polémica, el Gobierno se ha visto en la obligación de nombrar una comisión para la construcción del Lugar de la Memoria.

En el caso de Argentina, existen también numerosas iniciativas de grupos de la sociedad civil. Hace pocos años, el Gobierno decidió que la Escuela Mecánica de la Armada, conocido centro de tortura y desaparición, ubicado en un lugar céntrico de Buenos Aires y constituido por un gran predio con edificios históricos, fuera convertida en lugar de memoria. Lo interesante es que lo hizo traspasándolo a las agrupaciones de víctimas.

Una estrategia mixta ha sido seguida en Chile, donde el Programa de Derechos Humanos del Ministerio del Interior ha administrado un fondo de reparaciones simbólicas, en la que financia proyectos a petición

de organizaciones de víctimas y presta apoyo técnico para su realización. Las obras son comúnmente decididas en concursos de arte donde están representadas las víctimas, pero en los que se asegura un proceso competitivo y un jurado también compuesto por artistas. El resultado es la existencia de más de treinta obras significativas por todo el país. Además, recientemente, el Gobierno ha inaugurado un Museo de la Memoria y los Derechos Humanos, dirigido por un directorio plural. Ello sin perjuicio de la existencia de obras privadas, que han recibido subsidios estatales, como el Parque por la Paz construido en el terreno donde estuviera una casa de torturas llamada Villa Grimaldi, y que ha sido construido y es administrado por una organización de víctimas.

Todas estas acciones no disminuyen la significación de otras acciones más modestas, que pueden localizarse en cementerios, o en los lugares donde una persona desapareció. En el caso de la desaparición forzada, ello es aún más importante por la necesidad de la familia de tener un lugar de memoria, un lugar “para llevarle flores” como muchos familiares demandan. Ello también puede ser muy significativo en relación con conocidos lugares de detención, tortura y de desaparición de detenidos, donde la ubicación de placas conmemorativas pueden tener un impacto reparador muy importante.

c) *Resolución de la situación jurídica de los familiares de detenidos desaparecidos*

Un aspecto que tiene gran importancia, tanto simbólica como práctica, es la resolución de la situación jurídica de los detenidos desaparecidos. Las legislaciones, en forma ordinaria, cuentan con sistemas para declarar la muerte presunta de una persona ausente luego de mucho tiempo o a raíz de un evento trágico, seguido por la ausencia de noticias. Ello permite resolver el limbo jurídico en el que quedan los familiares y los bienes del ausente. Sin embargo, la declaración de muerte presunta en el caso de la desaparición forzada puede tener una connotación altamente resistida por los familiares de las víctimas, como se expresó inicialmente en el caso argentino. Al declarar a las víctimas muertas, aunque sea solo presuntivamente y exclusivamente para efectos de estado civil y hereditarios, se reconoce, en cierta forma, que no continúan desaparecidos por acción de agentes del Estado, lo que implica renunciar a una frecuente demanda de las víctimas de recuperar a sus seres queridos.

Esta situación llevó a la creación, primero en Argentina[27], y luego también en Perú[28] y en Chile[29], así como en otros casos, a la creación de la figura de ausencia por desaparición forzada. A través de leyes especiales se reconoce esta calidad distintiva, en la que no hay ninguna referencia a la posible muerte de las víctimas ni tampoco en la fijación de una fecha presuntiva de muerte, sino solo a la determinación de una fecha de detención o de últimas noticias. En sus efectos, estas leyes resuelven los problemas patrimoniales y de estado civil quedados como consecuencia de la desaparición en forma similar a como lo hace la declaratoria de muerte presunta.

No obstante, la demanda mayor de los familiares de las víctimas de desaparición forzada es la ubicación de sus seres queridos. Esta es también la deuda más grande en términos de justicia y reparación, por las dificultades de encontrar los lugares de destino de los cuerpos. Tanto Argentina, Perú y Chile han implementado diferentes políticas para la ubicación e identificación de restos. Ellas han contado con la activa participación de ONG que ofrecen condiciones de credibilidad y de alto desarrollo técnico, como es el caso del Equipo Argentino de Antropología Forense o el Equipo Peruano de Antropología Forense. En el caso chileno, luego de la desastrosa constatación de errores en las identificaciones hechas por el Servicio Médico Legal, se ha creado un organismo técnico al interior de ese servicio en cuya supervisión participan organizaciones de víctimas, defensores de derechos humanos y expertos extranjeros.

Los casos mencionados afirman la necesidad de mecanismos transparentes de identificación, que sean entendidos por las víctimas y donde ellas se sientan representadas. Se trata de un difícil equilibrio entre la ciencia y la técnica, con la sensibilidad, la acogida y la escucha a las víctimas. No obstante, otra dificultad se refiere a los problemas para encontrar la localización de los cuerpos, dada la ausencia de informaciones precisas por parte de las fuerzas armadas o de los perpetradores directos. Ello limita los resultados obtenidos. Ante esta situación, depender exclusivamente de los tribunales de justicia para identificar lugares de posible inhumación ilegal ha constituido también una limitante. Se hace necesario un sistema de investigación más amplio

27 Ley 24.321 del 11 de mayo de 1994.

28 Ley 28.413 del 11 de diciembre de 2004.

29 Ley 20.377 del 10 de septiembre de 2009.

que la investigación caso a caso, que en base a los patrones de represión pueda identificar posibles lugares de inhumación. Ello se ha intentado en los tres países, pero los resultados aún son limitados y, en el caso de Perú, aún no ha sido definido el plan nacional de exhumaciones, recomendado por la Comisión de la Verdad y Reconciliación.

7. Conclusiones

Las tres experiencias reseñadas afirman la conveniencia del establecimiento de programas administrativos integrales, con una clara definición del universo de víctimas, del período a cubrir, y de los titulares de reparación. De los dos casos que llevan mayor tiempo en implementación, Argentina y Chile, es interesante notar cómo, si bien ella comenzó con categorías restrictivas de víctimas, la realidad política ha obligado a ampliar dichas categorías y hacer del conjunto de políticas programas integrales, que han incluido a las víctimas de las violaciones más graves. Ello explica también la opción adoptada en Perú, en un contexto donde el derecho a la reparación y las experiencias de justicia transicional estaban más desarrollados, y que concluyeron en la incorporación de todas las categorías de víctimas en la definición de un programa integral.

Debe advertirse, no obstante, que las opciones adoptadas por Argentina y Chile, de programas restrictivos y que luego han ido ampliándose, no han sido gratuitas. Las definiciones restrictivas generaron profundo malestar y protestas por parte de los grupos de víctimas excluidos. La sinceridad del mensaje reparador por parte de los Estados se vio afectada por esta insuficiencia, y ella fue entendida como una mezquindad o una expresión de temor a abordar las consecuencias de las violaciones de los derechos humanos en toda su magnitud. Por ello, el que al cabo de veintiocho o veintiún años, respectivamente, se perciba que ambos países han desarrollado programas relativamente integrales, que han cubierto las violaciones más graves, no es posible afirmar necesariamente que el camino gradual seguido haya sido el más efectivo. Por el contrario, ello es indicador de que los esfuerzos parciales no fueron suficientes y siempre dieron lugar a nuevas demandas, y que dichas demandas resultaron, al menos en parte, exitosas.

Las experiencias presentadas también ofrecen diversas alternativas para la definición de las medidas, pero todas en un contexto de integralidad. Como se ha explicado, las reparaciones administrativas no pueden

cumplir los estándares de determinación del daño que caracterizan a las decisiones judiciales individuales. Las formas de estandarización pueden generar injusticias o ser insuficientes. La integralidad de medidas puede ayudar a subsanar dicha percepción de insuficiencia, en la medida que se haga cargo de las secuelas más directas de las violaciones, especialmente en los ámbitos de la subsistencia económica, la salud, la educación de los hijos y otros daños directos. La reparación a través de programas administrativos puede tener la virtud de personalizar la reparación no en la definición del monto en dinero a entregar (a partir de una evaluación individualizada del daño), sino en la entrega misma de estos múltiples beneficios, donde cada medida puede responder a diferentes dimensiones del daño sufrido por cada víctima. Así, para algunos las acciones en salud pueden ser más relevantes, como para otros lo pueden ser aquellas en educación, o el otorgamiento de una pensión, o las acciones simbólicas de monumentos y reconocimientos públicos.

No obstante, la definición precisa de estos programas depende del contexto y de las características de las violaciones cometidas, así como de la población afectada. Un ejemplo de ello es la importancia de la reparación colectiva en Perú a que tienen derecho comunidades de alta afectación por la violencia y grupos de desplazados no retornantes[30]. Estas medidas intentan responder a una forma de afectación grave que se dio masivamente en el contexto peruano, pero no en el argentino ni chileno.

Otro aspecto notable en las tres experiencias se refiere a los procesos de registro de víctimas. En los casos en los que ha habido límites para dichos registros, como Argentina y más claramente Chile, ha sido necesario ampliar los plazos para ello, abrir nuevos o directamente crear nuevas instancias para la recepción de testimonios y calificación de ellos. Dada la magnitud y características del conflicto en el Perú, el registro ha sido definido como permanente, aunque ello esté en cuestión ahora. No obstante, esta laxitud ha sido acompañada por una excesiva demora en la elaboración del registro y de la implementación definitiva de las reparaciones, causada en parte por la negativa del Gobierno de aportar los fondos necesarios. Los dilemas entre certeza, prontitud y no exclusión siguen vigentes y no es fácil encontrar una alternativa que responda adecuadamente a todos ellos.

30 Sobre el Programa de Reparaciones Colectivas en Perú, véase APRODEH-ICTJ. *Informe de monitoreo de reparaciones colectivas 2007-2011*.

Finalmente, las tres experiencias han sido acompañadas de diferentes momentos en el desarrollo de otras acciones en materia de reconocimiento de los hechos, o de la responsabilidad del Estado en ello, de justicia penal, de búsqueda de los restos de los detenidos desaparecidos, o de reformas institucionales que garanticen la no repetición. Los esfuerzos complementarios de justicia transicional pueden dar o restar significación a las políticas de reparación. Se requiere de la coherencia de todas estas políticas para verdaderamente entregar un mensaje a las víctimas de que la sociedad las reconoce como valiosos miembros de ellas, que nunca debieron ser excluidas, y que sus derechos son reconocidos como fundamentales para la nueva convivencia democrática.

EL PROGRAMA DE REPARACIONES COMO EJE ESTRUCTURADOR DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL EN BRASIL

Paulo Abrão & Marcelo D. Torelly

1. Introducción: el escenario actual de la justicia transicional en Brasil

Durante muchos años la literatura sobre las transiciones políticas clasificó el caso brasileño como un proceso de transición por transformación llevado a cabo por el propio régimen militar autoritario sin la participación de la sociedad civil o de un Estado de derecho capaces de promover, efectivamente, un programa de medidas transicionales distintas de las planeadas por el propio régimen[1]. Cuando, a partir de la segunda mitad de la década del 2000, hubo una eclosión de demandas de justicia de transición en el país, incluyendo un cuestionamiento de la interpretación jurídica que daba a la Ley de Amnistía de 1979 carácter "bilateral", se hizo perceptible un vacío en la literatura misma. Las dos teorías más comúnmente defendidas sobre la justicia de transición en el país dejaron de tener capacidad explicativa. El crecimiento "tardío" de la demanda por medidas de justicia transicional contradijo tanto a la tesis que sostenía que un acuerdo político entre el régimen y la oposición contenido en la amnistía de 1979 habría puesto fin a la dictadura y que, por consiguiente, la falta de demanda de justicia de transición se basaba en una amplia aceptación social de la existencia de un pacto de olvido (que defiende Gaspari en su extensa obra[2]), como a la tesis que trata de afirmar que el proceso de reparación de las víctimas, que tiene sus raíces

1 Véase Huntington, Samuel. *The Third Wave*. Oklahoma: University of Oklahoma Press, 1993, p. 126.

2 Gaspari, Elio. *A ditadura envergonhada*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002; *id. A ditadura escancarada*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002; *id. A ditadura*

en la misma Ley de Amnistía de 1979 y se estructura fuertemente en los años 1990 y 2000, habría sido un factor de alienación social, cosa que no ocurrió en otros países de la región[3], e incluso que había servido como una especie de "tapa boca" a las víctimas[4].

Observando la situación actual, nos encontramos con un país donde alrededor de la implementación de uno de los mayores programas de reparación a las víctimas de violaciones de derechos humanos en el mundo (con cifras cercanas a los dos mil millones de dólares), se debate la creación de una comisión de la verdad; donde decenas de asociaciones cívicas y Gobiernos federal y locales generan proyectos de difusión (y disputa) de la memoria histórica de los años de represión; donde se construye un lugar de memoria y conciencia dedicado a las víctimas en la ciudad de Belo Horizonte (Memorial de la Amnistía Política en Brasil) y, también, donde se encuentran en discusión dos importantes sentencias en materia de justicia y lucha contra la impunidad —una de la Corte Suprema del país, que en abril de 2010 se pronuncia en favor de la validez de la interpretación de la Ley de Amnistía de 1979, a la que consideran una amnistía bilateral, amplia y sin restricciones, en la forma de una amnistía general; y la otra, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que, sobre el mismo asunto legal, afirmó la incompatibilidad entre la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la concesión de una autoamnistía por parte del régimen, específicamente en lo que concierne a las violaciones graves de los derechos humanos, en un escenario donde el análisis de la constitucionalidad y el carácter convencional de la Ley de Amnistía de 1979 genera diferentes lecturas sobre el contenido normativo aplicable.

La expansión de la demanda de justicia de transición en Brasil, a pesar de ser tardía, figura, de esta forma, como una incógnita en la literatura especializada. Frente a las tesis defendidas habitualmente surgen preguntas como estas: ¿habría la sociedad (o por lo menos un sector importante de la misma) abandonado el pacto de 1979? ¿Qué

derrotada. São Paulo: Companhia das Letras, 2003; *id. A ditadura encurralada*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004; entre otros.

3 Mezarobba, Glenda. "O preço do esquecimento: as reparações pagas às vítimas do regime militar (uma comparação entre Brasil, Argentina e Chile)". Tesis de doctorado en Ciencia Política presentado a la Facultad de Filosofía, Letras y Ciencias Sociales de la Universidad de São Paulo.

4 Villa, Marco Antônio. Entrevista concedida a la revista *Época*. São Paulo, 26 de mayo de 2008.

factores llevaron a la movilización que permitió a la sociedad abandonar su posición supuestamente alienada y comenzar a generar demandas? ¿Debido a qué se habría frustrado el supuesto "tapa boca"?

Como venimos sosteniendo desde hace algún tiempo, estas preguntas no pueden ser respondidas por las teorías más comunes acerca de la transición brasileña en la medida en que ignoran en sus formulaciones el carácter estructurador que el proceso de reparación, de manera positiva, tiene en la conformación de la justicia de transición brasileña[5].

Enfocándose detenidamente en la génesis y el proceso social que permiten la consolidación de los derechos a la reparación, es posible interpretar, de hecho, la manera como la sociedad brasileña se ha movilizado por la justicia de transición encontrando oportunidades para promover avances en un escenario adverso de amplio control del régimen, puesto que es este proceso de reparaciones lo que conecta los dos momentos aparentemente antagónicos en la historia de la transición de Brasil: la amnistía de 1979 y el incremento de la demanda transicional en la segunda mitad de la década del 2000. De este modo, comenzamos por el análisis de esta génesis para analizar después el propio programa de reparaciones, sus resultados y los retos pendientes para la justicia transicional en el país.

2. Génesis y estructuración del Programa de Reparaciones[6]

2.1. La conformación de las normas del proceso de indemnización

La Ley n.° 6.683/1979, que funciona como marco simbólico para el inicio de la reapertura democrática, es el primer hito por considerarse para la intelección del proceso de reparación en Brasil. Aunque su

5 Véase Abrão, Paulo & Torelly, Marcelo D. "Justiça de Transição no Brasil: a dimensão da reparação". *Revista Anistia Política e Justiça de Transição,* n.° 03, en./jun. 2010, pp. 108-138; id. "As dimensões da Justiça de Transição no Brasil, a eficácia da lei de anistia e as alternativas para a verdade e a justiça". En: Payne, Leigh A.; Abrão, Paulo; Torelly, Marcelo D. (Orgs.). *A Anistia na Era da Responsabilização.* Brasilia/Oxford: la Comisión de Amnistía del Ministerio de Justicia/Centro de Estudios Latinoamericanos de la Universidad de Oxford, pp. 212-247.

6 Parte de los argumentos presentados sobre este tema fueron originalmente publicados, con redacción ligeramente diferente, en Abrão, Paulo & Torelly, Marcelo D. "O sistema brasileiro de reparação aos anistiados políticos: contextualização histórica, conformação normativa e aplicação crítica". *Revista OABRJ,* vol. 25, n.° 02, jul./dic. 2009, pp. 165-203.

foco fue principalmente penal y laboral, con el objetivo de extinguir la responsabilidad penal por actos de "delito político", en este dispositivo legal se encuentran las raíces del actual sistema de reparación a los amnistiados políticos brasileños, al establecerse la previsión de la readmisión de servidores eventualmente despedidos por persecución política durante el período comprendido entre el 2 de septiembre de 1961 y el 15 de agosto de 1979, y la restauración de los derechos políticos a una serie de brasileños que fueron encarcelados o viven en el exilio.

El artículo 3 de dicha ley establece la manera de ser repuesto en el servicio. Se disponía que se hiciera la reposición tan pronto existiese una vacante para el mismo cargo y función ocupados en el momento del despido, y se descartaba cualquier posible ascenso al cual el despedido tuviera derecho. Los trabajadores civiles vinculados a los movimientos sindicales y los estudiantes tuvieron su amnistía regulada por el artículo 9 de la ley, sin referencia a ninguna indemnización por los daños económicos sufridos.

Según Jon Elster, la política de reparaciones es uno de los pilares de la transición democrática, pero para ser eficaz debe acertar en la elección de violaciones que se consideren reparables, favoreciendo algunas por encima de otras como una forma de llegar al mayor número posible de víctimas[7]. Como puede verse, la ley de 1979 inauguró una tradición singular en el proceso de reparación brasileño en comparación con otros, en particular con el resto de América del Sur: el sesgo hacia lo laboral, por el cual se prioriza la pérdida de empleo como un criterio importante no solo para verificar que hubo persecución, sino también para la reparación. La lógica de este sistema se basa en el ideal de la restitución integral de los derechos violados. El criterio laboral puede parecer extraño al principio, pero se justifica por las características históricas del régimen brasileño en sí, que promovió, antes de 1979, un amplio proceso de despidos de puestos de trabajo públicos y privados contra aquellos que fueran caracterizados como "subversivos", especialmente entre 1979 y 1985, cuando el régimen comenzó a perseguir también al creciente movimiento sindical que se

7 "Para compensar a las víctimas, es necesario decidir qué formas de daño determinan la condición de víctima. (...) En primer lugar, los daños pueden ser materiales (pérdida de bienes), personales (violaciones de los derechos humanos), o intangibles (pérdida de oportunidades). (...) En segundo lugar, hay que definir a qué parientes y allegados de las víctimas "primarias" incluir entre las víctimas "secundárias". (...) En tercer lugar, hay que decidir el punto de partida en el tiempo". Elster, Jon. *Rendición de cuentas: la justicia transicional en perspectiva histórica.* Buenos Aires: Katz, 2006, pp. 152-153.

unió a los movimientos sociales por la amnistía y por la democratización. La suma de estos dos factores permite identificar la medida punitiva más empleada por el Estado brasileño durante el período de excepción, es decir, el impedimento para el ejercicio del trabajo, ya sea por despido directo, impedimentos para asumir cargos o empleos, presiones para renunciar o quedar en la ilegalidad, etc. Es por esta razón que, como veremos, todas las normas de reparación brasileñas dedicarán gran atención a las medidas para remediar las violaciones relativas a persecución política en el centro de trabajo.

La repetición y la transformación de las formas de reparación de contenido laboral a través del tiempo también se justifica por el carácter incompleto de las disposiciones que preveían un retorno a los puestos de trabajo de los servidores, además del no establecimiento, en 1979, de proceso alguno de reparación para los perseguidos en el sector privado o para aquellos que no tenían vínculos laborales. Después de haber establecido medidas de reparación muy limitadas y que, en ocasiones, resultaron no siendo eficaces en la vivencia diaria, la ley de 1979 se convirtió en solo una primera medida para remediar ciertas violaciones que, además, seguirán repitiéndose en el período siguiente a su edición (1979-1988), de modo que la legislación posterior promovió nuevas regulaciones al respecto.

Por lo tanto, lo que es crucial afirmar a partir de ahora es que (i) la Ley de Amnistía de 1979 (Ley n.° 6.683), además de caracterizarse por el perdón de los delitos políticos y conexos también se caracterizó como una medida de reparación y (ii) desde su génesis y, como principio, el modelo reparador en Brasil asumió y privilegió la adopción de medidas para la restitución de los derechos, tratando de crear medidas de indemnización, satisfacción, rehabilitación y no repetición inmediatamente después de la consolidación democrática.

La Constitución de 1988 refrenda una vez más la noción de amnistía como reparación proveniente de la legislación anterior por medio de su Acto de Disposiciones Constitucionales Transitorias (ADCT), y amplía la posibilidad de reparación al sector privado y también a todos los trabajadores despedidos por participar en manifestaciones huelguistas, estableciendo especificaciones para algunas categorías y ampliando el período de tiempo para ser considerado para la reparación, el cual será del “18 de septiembre de 1946 hasta la fecha de promulgación de la Constitución”:

Art. 8. Se concede la amnistía a aquellos que, del 18 de septiembre de 1946 hasta la fecha de promulgación de la Constitución, fueron afectados, por motivaciones exclusivamente políticas, por actos de excepción, institucionales o complementarios, a quienes fueron abarcados por el Decreto Legislativo N° 18, del 15 de diciembre de 1961, y a los afectados por el Decreto-Ley N°864, del 12 de septiembre de 1969, garantizando las promociones, en la inactividad, a la posición, empleo, cargo o rango a los que tendrían derecho si estuvieran en servicio activo, observando los plazos de permanencia en actividad previstos en las leyes y reglamentos, respetando las características y peculiaridades de la carrera de los funcionarios civiles y militares y teniendo en cuenta los regímenes jurídicos respectivos.

(…)

§ 2° - Quedan garantizados los beneficios establecidos en este artículo para los trabajadores del sector privado, los directivos y representantes sindicales que, por razones exclusivamente políticas, han sido sancionados, despedidos u obligados a abandonar el trabajo remunerado que realizan, así como a los que se les impidió ejercer actividades profesionales por medio de presiones ostensibles o expedientes oficiales secretos.

(…)

§ 5° - La amnistía concedida en los términos del presente artículo es aplicable a los funcionarios públicos civiles y empleados en todos los niveles de gobierno o de sus fundaciones, empresas públicas o empresas mixtas controladas por el Estado, excepto en los ministerios militares, que hayan sido sancionados o despedidos por la interrupción de actividades profesionales en virtud de una decisión de los empleados, ya sea como resultado del Decreto Ley N°1.632 del 4 de agosto de 1978, o por razones exclusivamente políticas, asegurándose la readmisión de quienes fueron afectados a partir de 1979, con sujeción a lo dispuesto en el §1°.

Sucede que la referida norma no vino acompañada de una reglamentación que la hiciese operativa y que esta materia fue reglamentada recién en el 2001 a través de la Medida Provisional[8] del Gobierno de Fernando Henrique Cardoso, la que se convirtió posteriormente en la Ley n.° 10.559 (aprobada por unanimidad en el Congreso Nacional)y que es, en última instancia, la herramienta para la reparación individual a las víctimas de la persecución política en Brasil, ampliando significativamente la gama de los derechos ya existentes y logrando un nivel de eficacia muy superior a cualquier medida anterior.

En el lapso entre la amnistía de la Constitución de 1988 y su reglamentación efectiva en el 2002 por la Ley n.° 10.559/2002, algunos ministerios y agencias gubernamentales comenzaron a crear comisiones para evaluar la pertinencia legal de las solicitudes de reincorporación al empleo y compensación económica basadas directamente en el artículo 8 de la ADCT, las cuales, cuando eran aprobadas, generaban beneficios pagaderos bajo título de "jubilación excepcional" por el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), de tal modo que esas acciones, poco descritas en la literatura, mantuvieron movilizados a grupos de perseguidos políticos en constante postura reivindicatoria frente al nuevo régimen democrático.

Igualmente, entre tanto, se emitió la Ley n.° 9.140/1995, específicamente para las demandas de procesamiento de los familiares de los asesinados o desaparecidos durante el régimen militar (y por lo tanto, comparativamente, con un mandato no menos relevante, pero mucho más restringido que el de la Comisión de Amnistía). Esta ley también establece el deber de localizar e identificar los restos de los políticos desaparecidos. Para aquellos declarados muertos y/o desaparecidos en el proceso de verificación, la reparación fue guiada por los siguientes criterios:

> Art. 11. La indemnización, a título de reparación, consistirá en un pago único de una cantidad igual a R$ 3,000.00 (tres mil reales) multiplicado por el número de años que corresponde a la expectativa de supervivencia de los desaparecidos, teniendo en cuenta la edad en el momento

8 En la legislación brasileña, la Medida Provisional es un acto legislativo del Poder Ejecutivo que se da en situaciones de emergencia y que debe someterse al Congreso Nacional para posterior aprobación. Tal medida se encuentra reglamentada en el artículo 62 de la Constitución de la República de 1988.

de la desaparición y criterios y valores presentados en la tabla del Anexo II de esta Ley.

§ 1° - En ningún caso el monto de la indemnización será menor a R$ 100,000.00 (cien mil reales).

§ 2° - La indemnización será concedida por decreto presidencial tras la aprobación de la Comisión Especial establecida por la presente Ley.

En once años de funcionamiento de la Comisión Especial sobre Muertos y Desaparecidos Políticos (CEMDP), fueron evaluados 475 casos, de los cuales 136 ya estaban automáticamente reconocidos en la relación adjunta a la Ley n.° 9.140/95. Otros 339 casos fueron examinados en un intento de reunir las pruebas para reconocer el hecho de la muerte/desaparición, y otorgar reparación a las familias. Al finalizar el trabajo de la Comisión Especial, las indemnizaciones oscilaban entre el valor mínimo de US$ 62,500[9] y un máximo de US$ 95.000 con un promedio de U$75.000 dólares y un pago total de casi US$ 25 millones a las familias de víctimas del régimen militar.

Así, cuando la promulgación de la Ley n.° 10.559 en el 2002, ya se había constituido un amplio contexto crítico por el retraso del Estado en realizar las reparaciones de forma más amplia. Hasta la promulgación de la Ley de 2002 había una serie de daños todavía no reparados, como por ejemplo: (i) la necesidad de reparación a todos los ciudadanos afectados por cometidos durante el régimen de excepción (en el sentido más amplio del término), más allá de las persecuciones que resultaron en muerte o desaparición (atendidas en la ley de 1995), (ii) deficiencias en el proceso de reintegración de los funcionarios públicos despedidos de sus cargos previsto en las legislaciones anterior (1979, 1985), (iii) la necesidad de atención a trabajadores del sector privado, dirigentes y representantes sindicales que, por razones exclusivamente políticas, hayan sido sancionados, despedidos u obligados a abandonar el trabajo remunerado que realizaban, así como a quienes se impidió ejercer actividades profesionales mediante presiones ostensibles o expedientes oficiales secretos; (iv) la necesidad de atender a un grupo importante de funcionarios públicos civiles y empleados en todos los niveles de gobierno

9 Para todos los valores de este texto, los autores consideraron el cambio del dólar correspondiente a septiembre de 2011, el cual es de 1.6 reales para 1 dólar.

o de sus fundaciones, empresas públicas o mixtas controladas por el Estado que hayan sido sancionados o despedidos por la interrupción de actividades profesionales por decisión de los empleados, con o sin motivación política, (v) la crítica hecha a los límites de la reparación otorgada a las familias de los muertos y desaparecidos políticos bajo la modalidad de reparación de la ley de 1995, la cual no atiende los daños transgeneracionales ni el daño producido debido a la persecución política antes de la muerte o la desaparición, (vi) la necesidad de establecer un procedimiento especial de análisis, ya que gran parte de los documentos públicos de la época nunca se pusieron a disposición de la ciudadanía y, por último, (vii) la existencia de una amplia gama de lesiones ocasionadas por el Estado para las cuales la compensación económica no era la mejor alternativa existente.

Se elabora así la ley de 2002, un detallado sistema de reparación cuyo objetivo es atender tanto la demanda de los perseguidos políticos “tradicionales” (los cuadros políticos y militantes de organizaciones de resistencia que fueron encarcelados, desterrados, exiliados, forzados a la clandestinidad y similares), como la de aquellos que fueron afectados por diversos actos del régimen de excepción, sobre todo el gran contingente de militantes de movimientos obreros, empleados públicos o privados separados de sus actividades de trabajo mediante la aplicación de leyes excepcionales o por disposiciones arbitrarias. Sin embargo, para dar homogeneidad a las reparaciones, la ley requiere que todos los procesos, terminados o en curso, abiertos en órganos federales de la Administración Directa o Indirecta, con miras a hacer efectiva la previsión reparadora contenida en el artículo 8 de la ADCT, fueran remitidos en la Comisión de Amnistía con el fin de sustituirlos por el régimen jurídico creado por la nueva legislación.

En resumen, el Gobierno brasileño ha creado dos comisiones de reparación independientes, ambas con poderes de búsqueda de documentos y esclarecimiento de la verdad: (i) la Comisión Especial sobre Muertos y Desaparecidos Políticos, cuya función principal es reconocer el papel de la responsabilidad del Estado e indemnizar por hechos que resultaron en muerte y/o desaparición forzada, así como encontrar los restos de los desaparecidos y (ii) la Comisión de Amnistía, cuya función es reconocer las acciones de excepción producidas entre 1946 y 1988, en el alcance pleno de la palabra (es decir, tortura, prisión, clandestinidad, destierro, despidos arbitrarios, purgas en escuelas, cese de mandatos políticos, vigilancia ilegal, jubilaciones obligatorias,

cese de remuneraciones, sanciones administrativas, acusaciones en procedimientos administrativos o judiciales), y declarar la condición de amnistiado político a los afectados por estos actos y, por lo tanto, repararlos moral y materialmente.

2.2. El sistema de reparaciones

Con la creación de la Comisión de Amnistía, se estableció un sistema especial de reparaciones con la creación de un proceso administrativo simplificado y el establecimiento de criterios para establecer los valores, los cuales se apartan de la dicotomía entre “daño material/objetivo” y “daño moral/subjetivo” prevista en el Código Civil brasileño.

Como la Ley de Amnistía del 2002 tuvo que resolver el amplio pasivo del Estado brasileño para con los ciudadanos amnistiados por diversas razones, se estableció en el artículo segundo de la ley[10], 17 posibilidades no

10 Art. 2. Son declarados amnistiados políticos aquellos que, entre el período del 18 de septiembre 1946 hasta el 5 de octubre 1988, por razones puramente políticas fueron:
I - afectados por los actos institucionales o complementarios, o por actos de excepción en el sentido pleno del término;
II - castigados con la transferencia a lugares distintos de aquel en el que ejercían sus actividades profesionales, imponiéndoseles cambios de residencia;
III - castigados con la pérdida de remuneraciones ya integradas en el contrato de trabajo o incidentales a la carrera administrativa;
IV - obligados a abandonar la actividad profesional remunerada para seguir a su cónyuge;
V - impedidos de ejercer, en la vida civil, la actividad profesional específica como resultado de las ordenanzas del Ministerio de Aeronáutica N° S-50-GM5, del 19 de junio de 1964, y S-285-GM5;
VI - sancionados, despedidos o forzados a abandonar el trabajo remunerado que realizaban, así como impedidos de ejercer actividades profesionales en virtud de las presiones ostensibles o expedientes secretos oficiales, ya sean trabajadores del sector privado o dirigentes o representantes sindicales de acuerdo con el § 2o del art. 8o del Acto de Disposiciones Constitucionales Transitorias;
VII - sancionados sobre la base de los actos de excepción, institucionales o complementarios, o quienes sufrieron sanción disciplinar, siendo estudiantes;
VIII - contemplados por el Decreto-Legislativo N° 18 del 15 de diciembre de 1961, y por el Decreto-Ley N° 864 del 12 de septiembre de 1969;
IX - despedidos, ya sean funcionarios públicos civiles y empleados en todos los niveles de gobierno o de sus fundaciones públicas, empresas públicas o empresas mixtas o bajo control del Estado, excepto en los Comandos militares en relación con lo dispuesto en el § 5o del art. 8o del Acto de Disposiciones Constitucionales Transitorias;
X - castigado con la pérdida de jubilación o disponibilidad;
XI - despedidos, sin goce de haber, expulsados u obligados a abandonar su trabajo remunerado, ya sea basándose en la legislación común, o como resultado de expedientes oficiales secretos;
XII - castigados con la transferencia hacia la reserva remunerada, retirados, o en condición de inactivos, con la pérdida de ingresos por actos de excepción, institucionales o complementario, en el sentido más amplio del término;

exhaustivas para la declaración de amnistía y el reclamo de compensación económica, algunas con tipología abierta y otras con tipología cerrada, e incluso dando la posibilidad de una segunda compensación económica a las familias de los muertos y desaparecidos por las persecuciones políticas que sufrieron en vida. La ley del 2002, más la de 1995, hace que el sistema legal de reparaciones en Brasil se haga cargo de diferentes afectaciones a los derechos humanos como puede verse en el siguiente cuadro, el cual, a partir de la clasificación de De Greiff[11], divide los métodos de reparación en cuatro categorías (indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición) y demuestra el grado de cobertura del sistema reparador de Brasil.

XIII - obligados a ejercer sin goce de haber el cargo electivo de concejal, en virtud de los actos institucionales;

XIV - castigados con la privación de puestos electivos en el Poder Legislativo o Ejecutivo, en todos los niveles de gobierno;

XV - en la condición de funcionarios públicos civiles o empleados de cualquier nivel de gobierno o de sus fundaciones, empresas públicas o de economía mixta o bajo el control del Estado, sancionados o despedidos por la interrupción de las actividades profesionales de conformidad con una decisión de los trabajadores;

XVI - Funcionarios públicos castigados con la destitución o remoción y que no solicitaron retornar a la actividad en el plazo transcurrido entre el 28 de agosto de 1979 y el 26 de diciembre de ese año, o vieron su solicitud rechazada, archivada o no conocida, y que no se consideran jubilados, transferidos a la reserva o retirados;

XVII - impedidos de tomar posesión o entrar en el ejercicio de cargos públicos, en el Poder Judicial, Poder Legislativo o Ejecutivo en todos los niveles, habiendo sido válido el concurso.

§ 1o - En el caso previsto en el artículo XIII, la duración del mandato ejercido gratuitamente, es contado apenas para efecto de jubilación en el servicio público y seguridad social.

§ 2o - Se garantiza el derecho a exigir la declaración de los sucesores o personas a cargo de aquel que sería beneficiado de la condición de amnistiado político.

11 De Greiff, Pablo. “Justice and Reparations”. En: De Greiff, Pablo (Org.). *The Handbook of Reparations.* Oxford: Oxford University Press, 2006, pp. 451-477; *id.* “Justiça e Reparações”. *Revista Anistia Política e Justiça de Transição,* n.° 03, en./jun. 2010, pp. 42-71.

Cuadro 01: Medidas legales de reparación individual en Brasil

Las medidas de emergencia y represión	Principales derechos humanos violados	Método de reparación	Derechos previstos	Disposición legal
Perseguidos políticos y afectados por actos de excepción en *lato sensu*	Derechos y libertades generales fundamentales	Satisfacción pública y garantías de no repetición	Declaración de la condición de amnistiado político*	El art. 1°, I de la Ley 10.559/02
Desaparecidos por razones políticas	Derecho a la vida o el derecho al proyecto de vida Las libertades civiles y derechos políticos Derechos civiles, culturales y religiosos	Compensación y Compensación y Satisfacción pública y garantías de no repetición	Compensación económica en un solo pago por la desaparición y Compensación económica en un solo pago o mensualmente, por la persecución política en la vida*** y Derecho a la ubicación, identificación y entrega de los restos mortales	El art. 11 de la Ley 9.140/95** El art. 1, II c/c de art. 9, párrafo único de la Ley 10.559/02**** El art. 4, II de la Ley 9.140/95
Muertos	Derecho a la vida Libertades civiles y Derechos Políticos	Compensación y Compensación	Compensación económica en un solo pago por la muerte y La compensación económica en un solo pago o mensual ** por la persecución política en vida	El art. 11 de la Ley 9.140/95** El art. 1, II c/c de art. 9, párrafo único de la Ley 10.559/02
Torturados	Derecho a la integridad física y psicológica	Compensación	Reparación en un solo pago	El art. 1, II c/c de art. 2, I de la Ley 10.559/02
Detenidos arbitrariamente	Derecho a la libertad, derecho al debido proceso	Compensación y Restitución	Reparación mensual o en un solo pago y Consideración del tiempo para efectos previsionales	El art. 1, II c/c de art. 2, I de la Ley 10.559/02 El art. 1, III de la Ley 10.559/02

Las medidas de emergencia y represión	Principales derechos humanos violados	Método de reparación	Derechos previstos	Disposición legal
Perseguidos políticos y afectados por actos de excepción en *lato sensu*	Derechos y libertades generales fundamentales	Satisfacción pública y garantías de no repetición	Declaración de la condición de amnistiado político*	El art. 1°, I de la Ley 10.559/02
Separados arbitrariamente o forzados a separarse de la relación laboral en el sector público, con o sin motivación política, con o sin impedimentos de ejercer también, en la vida civil, la actividad específica profesional	Derecho al proyecto de vida, derecho a la libertad de trabajo, derecho a la libertad de pensamiento, derecho de asociación sindical	Restitución o Compensación y Restitución y Rehabilitación	Reintegración /readmisión asegurada promociones en la inactividad o reparación económica en prestaciones mensuales Consideración del tiempo para efectos previsionales Los beneficios indirectos brindados por la Administración Pública a los servidores (programas de seguro, atención médica, dental y hospitalaria y préstamos para vivienda)	El art. 1, II, V c/c de art. 2, IV, V, IX, XI El art. 1, III de la Ley 10.559/02 El art. 14 de la Ley 10.559/02
Separados de manera arbitraria o forzados a abandonar la relación laboral en el sector privado	Derecho al proyecto de vida, derecho a la libertad de trabajo, derecho a la libertad de pensamiento, derecho de asociación sindical	Compensación y Restitución	Compensación económica en prestaciones mensuales y Consideración del tiempo para efectos previsionales	El art. 1, II c/c de art. 2, VI, XI El art. 1, III de la Ley 10.559/02
Sancionados con traslado a un lugar diferente de aquel donde ejercía su actividad profesional, obligando a un cambio de lugar de residencia	Derecho a la estabilidad y la libertad laboral, derecho a la igualdad	Compensación	Compensación económica mensual o en un solo pago	El art. 1, II, y el art. 2, II
Sancionados con pérdida de ingresos o de una parte de las remuneraciones ya integradas en el contrato de trabajo inherentes a la carrera administrativa	Derecho a remuneración por el trabajo y el derecho a la igualdad	Compensación y Restitución	Compensación económica mensual y Consideración del tiempo para efectos previsionales	El art. 1, II, y el art. 2, III, XII El art. 1, III de la Ley 10.559/02

Las medidas de emergencia y represión	Principales derechos humanos violados	Método de reparación	Derechos previstos	Disposición legal
Perseguidos políticos y afectados por actos de excepción en *lato sensu*	Derechos y libertades generales fundamentales	Satisfacción pública y garantías de no repetición	Declaración de la condición de amnistiado político*	El art. 1°, I de la Ley 10.559/02
Impedidos de tomar posesión del cargo después de concurso de admisión público válido	Derechos políticos	Compensación y Restitución	Compensación económica mensual de y Consideración del tiempo para efectos previsionales	El art. 1, II, y el art. 2, XVII El art. 1, III de la Ley 10.559/02
Sancionados con la pérdida de la jubilación o, ya en estado inactivo, con pérdida de salario	Derecho a la igualdad, garantías constitucionales al trabajo	Compensación	Compensación económica en prestaciones mensuales	El art. 1, II, art. 2, X, XII Ley 10.559/02
Jubilación obligatoria en el sector público	Derecho a la igualdad	Compensación	Compensación económica mensual de	El art. 1, II, y el art. 2, I, XII
Obligados a la clandestinidad	Derecho a la libertad, derecho a la identidad, derecho al proyecto de vida	Compensación y Restitución	Compensación económica mensual o en una sola prestación y Consideración del tiempo para efectos previsionales	El art. 1, II, y el art. 2, I, IV, VII
Desterrados	Derecho a la nacionalidad, derecho a la libertad, derecho al proyecto de vida, derecho de familia	Compensación y Restitución y Restitución	Compensación económica mensual o en una sola prestación y Consideración del tiempo para efectos previsionales y Reconocimiento de las cualificaciones obtenidas en el extranjero	El art. 1, II, y el art. 2, I, VII El art. 1, III de la Ley 10.559/02 Art. 1, Ley 10.559/02 IV

Las medidas de emergencia y represión	Principales derechos humanos violados	Método de reparación	Derechos previstos	Disposición legal
Perseguidos políticos y afectados por actos de excepción en *lato sensu*	Derechos y libertades generales fundamentales	Satisfacción pública y garantías de no repetición	Declaración de la condición de amnistiado político*	El art. 1°, I de la Ley 10.559/02
Exiliados	Derecho a la libertad, derecho al proyecto de vida, derecho a la convivencia familiar	Compensación y Restitución y Restitución	Compensación económica mensual o en una sola prestación y Consideración del tiempo para efectos previsionales y Reconocimiento de las cualificaciones obtenidas en el extranjero	El art. 1, II, y el art. 2, I, VII El art. 1, III de la Ley 10.559/02 Art. 1, Ley 10.559/02 IV
Políticos con mandatos electorales cesados	Derechos políticos	Compensación y Restitución	La compensación económica en un solo pago y Consideración del tiempo para efectos previsionales	El art. 1, II, y el art. 2, VII y XIV Art. 1, Ley 10.559/02 IV
Políticos con cese de remuneraciones al ejercicio de cargo electivo	Derecho a la igualdad y derecho a la remuneración del trabajo	Restitución	Consideración del tiempo para efectos previsionales	El art. 2, XIII
Procesados en investigaciones judiciales y/o administrativas persecutorias, con o sin sanción disciplinaria	Derecho a la libertad, derecho al debido proceso legal con procedimiento de confrontación	Compensación	Reparación en el servicio en una sola prestación	El art. 1, II, y el art. 2, I, VII
Hijos y nietos exiliados, en clandestinidad y detenidos, torturados o afectados por cualquier otro acto de excepción	Derecho al proyecto de vida, derecho a la libertad, derecho a la vida familiar, derecho a la integridad física y psicológica	Compensación y Restitución	Compensación económica en un solo pago Consideración del tiempo para efectos previsionales	El art. 1, II c/c de art. 2, I de la Ley 10.559/02 Art. 1, Ley 10.559/02 IV
Vigilados ilegalmente*****	Derecho a la privacidad	Compensación	Compensación económica en un solo pago	El art. 1, II c/c de art. 2, I
Otras medidas de excepción en toda la extensión del término	Derechos fundamentales y políticos generales	Compensación	Compensación económica en un solo pago	El art. 1, I y II c/c art. 2, I

Las medidas de emergencia y represión	Principales derechos humanos violados	Método de reparación	Derechos previstos	Disposición legal
Perseguidos políticos y afectados por actos de excepción en *lato sensu*	Derechos y libertades generales fundamentales	Satisfacción pública y garantías de no repetición	Declaración de la condición de amnistiado político*	El art. 1°, I de la Ley 10.559/02
Estudiantes	Derecho a la educación Derecho a un proyecto de vida	Restitución Rehabilitación	Derecho a inscripción en la escuela pública para conclusión de curso	El art. 1, III

* La declaración de la amnistía es un acto de reconocimiento político de las víctimas y de su derecho a la resistencia. Es condición para todos las demás reparaciones de la Ley n.° 10.559/2002. Quien la requiere es la propia víctima o sus sucesores o personas a cargo (art. 2, § 2o de la Ley n.°10.559/2002).

** La indemnización prevista en esta Ley se remitió a las siguientes personas en el siguiente orden: cónyuge, compañero o pareja, los descendientes, los ascendientes; los colaterales hasta el cuarto grado (Art. 10 de la Ley n.°9.140/1995).

*** En caso de fallecimiento del amnistiado político, el derecho a la compensación económica se transfiere a sus dependientes. Habrá reparaciones mediante prestaciones mensuales en caso de pérdida comprobada de la situación laboral debido a persecución; en otros casos, se proporciona un único pago. Las compensaciones (reparación en un solo pago o mensualmente) de la Ley n.°10.559/2002 no son acumulables. Las compensaciones pueden ser acumuladas con la restitución y la rehabilitación, con excepción de la reparación mensual que no se puede acumular con la reintegración al trabajo. Las compensaciones de la Ley n.°10.559/2002 pueden ser acumuladas con las compensaciones de la Ley n.° 9.140/1995.

**** Todas las reparaciones económicas de carácter indemnizatorio de la Ley n.° 10.559/2002 otorgan derecho a la exención del impuesto sobre la renta.

***** La interpretación de la Comisión de Amnistía ha sido que el derecho a la indemnización solo se dará a aquellos para quienes la vigilancia haya dado lugar a alguna otra medida represiva.

No obstante el gran número de derechos reconocidos y garantizados por la ley de 2002, se confirmó la tendencia hacia la restitución entre las medidas de reparación, previéndose una serie de indemnizaciones para las situaciones donde las medidas de restitución ya no fueran posibles dado el largo tiempo transcurrido entre la violación del derecho y las medidas correctivas del Estado.

Se consolidó una opción política del legislador en el sentido de establecer, en una legislación única y bajo los mismos supuestos, un criterio para la compensación económica que satisfaga tanto a los que sufrieron daños en el desarrollo de su vida profesional (con obvias consecuencias personales), y a los que sufrieron daños directamente motivados por las acciones tomadas contra el Estado por sus ideas políticas. Desde esta perspectiva, el legislador estableció dos formas de reparación, (i) una para aquellos que han sufrido la ruptura de sus relaciones laborales, (ii) otra para los perseguidos políticos sin vinculación laboral de ningún tipo.

Valiéndose de esta ley, los que tenían relaciones de trabajo y pueden probar la ruptura de estas por la acción del Estado, en caso de haber sido funcionarios públicos, podrán volver a puestos de la Unión y de las empresas públicas, como contemplaban todas las legislaciones desde 1979. No obstante, teniendo en cuenta el paso del tiempo, esta posibilidad parece ser factible en pocos casos. Así, tanto los funcionarios públicos separados como los trabajadores del sector privado, pasan a tener derechos a una compensación económica que pretende compensar la imposibilidad de readmisión, traducida en el pago de una pensión mensual (llamada “prestación mensual, permanente y continua”, en adelante PMPC), a ser fijada en valor equivalente a un sueldo análogo al del trabajador en actividad, teniendo en cuenta los aumentos a que tendría derecho, de acuerdo con informaciones prestadas por antiguos empleadores, entidades asociativas u órganos públicos, o también por medio de dictamen a partir de referencias de mercado. Este derecho se asegura a partir de la fecha de promulgación de La Constitución, del 5 de octubre de 1988. De esta forma, los amnistiados que sufrieron la destitución de sus empleos, no solo tendrán una reparación económica mensual, sino también recibirán los valores retroactivos contados a partir de cinco años antes del primer pedido de amnistía solicitada en cualquier esfera pública. Este derecho es limitado apenas por la prescripción quinquenal de las deudas del Estado[12].

12 Por ley, todas las deudas del Estado brasileño prescriben en cinco años. Por lo tanto, incluso volviendo a 1988, el derecho al reconocimiento de la existencia de una deuda

Para aquellos que no tenían contrato de trabajo (como el caso de los estudiantes expulsados, los niños y jóvenes afectados por los actos de excepción, los adultos procesados y/o detenidos y/o torturados en el momento en que no tenían empleo o que no prueban que la pérdida de las relaciones laborales fuera consecuencia de persecución política), la Ley de Amnistía establece el pago en una suma global, de treinta sueldos mínimos por año de persecución, hasta el máximo legal de US$ 62,500. En este caso, el límite máximo de compensación de los perseguidos es equivalente al valor mínimo establecido por la Ley n.° 9.140/1995 para la reparación a los familiares de los políticos muertos y desaparecidos.

El sistema de reparación económica en Brasil, por todo lo anterior, ha llegado a ser singular en relación con las reparaciones realizadas en América del Sur. La reparación fue el único derecho de transición que las víctimas lograron garantizar jurídicamente a través de presiones sociales durante el proceso constituyente (todavía bajo la sombra de la amenaza del régimen dictatorial). Es así que, posteriormente, terminó siendo el eje que concentró buena parte de los esfuerzos que surgieron de esos mismos movimientos en los primeros años de la democracia.

A fin de presentar este proceso de realización del derecho conquistado legalmente y el avance obtenido a partir de las estructuras y los espacios legales y sociales creados para su aplicación, hacemos a continuación una exposición detallada y crítica de los resultados del esfuerzo de reparación de Brasil, lo que nos permitirá mostrar al final cómo la evolución del concepto de reparación, que ahora incluye no solo la dimensión económica, sino también el reconocimiento y la memoria, permite el surgimiento de nuevas pautas tradicionales en un momento que a primera vista parece "tardío".

3. Los resultados y las asimetrías del Programa de Reparación brasileño

3.1. Análisis de datos sobre el proceso de reparaciones

Como ya se dijo, la CEMDP reconoció 475 casos de muerte y desaparición, a los que dio reparación por un valor total aproximado de 25 millones de dólares, por lo que nos centraremos en el trabajo de la

de la Unión en relación con los perseguidos se limita a cinco años anteriores a la fecha de la primera solicitud de amnistía hecha.

segunda comisión de reparación, con atribución más amplia: la Comisión de Amnistía.

Un primer elemento cuantitativo por ser analizado para entender el proceso de reparación en Brasil es el número de solicitudes de amnistía y compensación presentadas ante el Ministerio de Justicia. Este hecho permite verificar el movimiento permanente de la demanda de los derechos ante el Estado, producida principalmente por la composición de dos factores: (i) la consolidación de la democracia y la visibilidad pública del proceso de reparación, lo que permite la reanudación de la confianza cívica de los perseguidos políticos frente al Estado que antes violó estos derechos (siendo este retorno gradual) y (ii) la ubicación y la apertura de nuevos archivos, especialmente archivos públicos, permitiendo así que los perseguidos comprueben de forma efectiva su derecho. Se puede ver este flujo de la demanda y el proceso en el Cuadro 02.

Cuadro 02: Solicitudes de procesos y juicios hechos por la Comisión de Amnistía

Año	Procesos (a)	Juicios (b)	Diferencia (a-b)	Total pendiente
2001	5835	21	+ 5814	5814
2002	8565	2134	+ 6431	12245
2003	22929	5675	+ 17254	29499
2004	11925	7538	+ 4387	33886
2005	2949	4951	- 2002	31884
2006	3623	6820	- 3197	28687
2007	4561	10422	- 5861	22776
2008	2858	8892	- 6034	16832
2009	2698	8714	- 6016	10876
2010	2276	3996	- 1720	9056
Total	**68219**	**59163**	**- 9056**	**9056**

FUENTE: Brasil. *Relatório Anual da Comissão de Anistia - 2010*. Brasilia: Ministerio de Justicia, 2010.

Del Cuadro 02 es posible extraer al menos dos conclusiones importantes. En primer lugar, la demanda por la amnistía se ha ido reduciendo poco a poco, pero no aparece próxima a concluir, ya que en los últimos tres años ha fluctuado en un nivel medio superior a dos mil nuevos pedidos. En segundo lugar, solo después del 2005 el Estado pasó a procesar más pedidos que los que recibía, con una notable aceleración de los juicios y la disminución del total de casos pendientes, sobre todo

desde el 2007, cuando se promovió una amplia reforma administrativa en el órgano responsable del proceso de reparación[13].

Del total de casi 60.000 casos atendidos, es importante destacar que no todo ha sido objeto de compensación económica. Tal como se intenta mostrar en este estudio, el sistema de reparación brasileño no se sostiene únicamente en el pilar de la compensación económica, sino también en la reparación moral, que deriva tanto del reconocimiento de la persecución política y de un pedido de perdón del Estado expresado en la amnistía, cuanto de otras acciones de educación, memoria y búsqueda de la verdad para rescatar la dignidad herida de los perseguidos. Del análisis del Cuadro 03 se puede extraer que un tercio de las solicitudes de amnistía enviadas al Ministerio de Justicia fueron rechazadas, lo que demuestra un rigor considerable. Pero, más importante aún, es notorio que entre el conjunto de procesos aprobados, solo en el 35,7% la declaración de amnistía fue acompañada por algún tipo de compensación económica.

La conclusión que cabe extraer del Cuadro 03 es que en la gran mayoría de los casos que evalúa (64,3%) la Comisión de Amnistía, esta se limita a reconocer la existencia de persecución, y promueve medidas de restitución y efectúa un gesto de reconocimiento del Estado a través de la disculpa oficial, sin que se active ningún mecanismo de reparación económica.

Cuadro 03: Aceptación y rechazo de las solicitudes de amnistía (por tipo)

Resultado	Valores absolutos	Valores proporcionales	Valores proporcionales (aprobados)
Aceptación	**38,025**	**64.27%**	**100%**
Sin reparación económica	24,454	41.33%	64.31%
Con PMPC	9,925	16.77%	26.10%
Sin PU	3,646	6.16%	9.59%
Rechazo	**21,138**	**35.73%**	***
Total	**59,163**	**100%**	***

FUENTE: Brasil. *Relatório Anual da Comissão de Anistia - 2010*. Brasilia: Ministerio de Justicia, 2010.

A continuación se presenta, en los Cuadros 04 y 05, los montos promedio aplicados a los casos en los que las solicitudes de amnistía

13 Véase Brasil. *Relatório Anual da Comissão de Anistia - 2007*. Brasilia: Ministerio de Justicia, 2007.

fueron acompañadas de una compensación económica, clasificados según períodos de mandato de cada uno de los siete titulares del Ministerio de Justicia entre 2001 y 2010.

Cuadro 04: Promedio de las indemnizaciones y el total adjudicado en el modo de PU por el Ministro

Gobierno	Ministro	Concesiones	Valor Medio Total	
			En US$	En US$
FHC	José Gregori	5	38,475	192,357
FHC	**Aloysio Nunes Ferreira Filho**	**43**	**22,331**	**960,250**
FHC	Miguel Reale Junior	2	35,000	70,000
FHC	**Paulo de Tarso R. Ribeiro**	**140**	**40,495**	**5,669,375**
Lula	Márcio Thomaz Bastos	1432	37,324	53,448,836
Lula	**Tarso Genro**	**2024**	**36,688**	**72,241,356**
Lula	Luiz Paulo Barreto	440	55,759	24,534,356
Total		**3646**	**36,912**	**134,582,194**

FUENTE: Brasil. *Relatório Anual da Comissão de Anistia - 2010*. Brasilia: Ministerio de Justicia, 2010.

Cuadro 05: Promedio de las indemnizaciones concedidas por el ministro modo PMPC

Gobierno	Ministro	Concesiones	Valor medio En US$
FHC	José Gregori	2	3,527
FHC	**Aloysio Nunes Ferreira Filho**	**7**	**2,530**
FHC	Miguel Reale Junior	2	2,058
FHC	**Paulo de Tarso R. Ribeiro**	**1456**	**2,413**
Lula	Márcio Thomaz Bastos	5745	2,459
Lula	**Tarso Genro**	**2202**	**1,850**
Lula	Luiz Paulo Barreto	511	1,965
Total		**9925**	**2,292**

FUENTE: Brasil. *Relatório Anual da Comissão de Anistia - 2010*. Brasilia: Ministerio de Justicia, 2010.

Dado que en el modo de reparación PMPC se genera el pago mensual vitalicio al amnistiado, así como efectos retroactivos hasta la fecha de adquisición del derecho (esto es, la fecha de promulgación de la Constitución), para evaluar el tamaño económico total del programa de reparaciones se necesitan cálculos significativamente complejos. Los estudios realizados

por la ONG Contas Abertas establecen que hasta marzo de 2010, el importe total comprometido por el Gobierno brasileño en un esfuerzo por reparar el daño hecho durante los años de excepción gira en torno de US$ 1,65 mil millones de dólares[14]. Al considerar estos datos, se puede afirmar que el programa de reparaciones de Brasil es uno de los más grandes entre los llevados a cabo desde el final de la Segunda Guerra Mundial.

La compensación económica permite, de este modo, crear una compensación por algo que no se puede restituir, pero, como se ha dicho antes, ella no agota el alcance de la obligación del Estado a la reparación ni la necesidad de la víctima, por lo que se necesitan otros mecanismos.

La reparación moral consignada en la concesión de amnistía, aunque acompañada de una compensación económica, tampoco llega a cubrir todas las dimensiones de reparación necesarias, especialmente por estar adscrita a la esfera individual, mientras que muchas de las violaciones que se intentan reparar generan efectos sociales que dialogan con el plano colectivo. De ahí la necesidad de avanzar de una forma más amplia, estableciendo políticas públicas de memoria, de verdad y educación en derechos humanos. La conformación de estas políticas en el sistema brasileño será presentada bajo el concepto de “reparación como reconocimiento”.

3.2. Reparación como reconocimiento

Si la reparación económica permite compensar, hasta cierto punto, ciertas violaciones (especialmente en el ámbito del trabajo), otras violaciones generan procesos de “negación del reconocimiento” en los que la persona que sufre la violación se ve despojada no solo de sus posibilidades materiales sino también de sus posibilidades subjetivas en un contexto social determinado. En palabras de Baggio:

> Aquellos que fueron perseguidos políticamente pasaron por todas las formas de no reconocimiento. Al ser torturados, perdieron la posibilidad de confianza mutua en sus compañeros. Al ser violadas sus libertades y sus derechos amenazados, ya no estaban en condiciones de igualdad en el proceso de convivencia, interacción,

14 Disponible en: http://contasabertas.uol.com.br/website/noticias/arquivos/90_01%20-%20ANISTIADOS%20POLÍTICOS%20-%202003%20A%202010%20-%20ate%2019-03.pdf.

> integración y participación social. Al ser tachados de terroristas o traidores a la patria, asistieron a la depreciación de sus creencias sobre el mundo y vieron sus formas de vida y sus opciones políticas desvaloradas y menospreciadas como acciones que pudiesen contribuir históricamente a engrandecer o mejorar a su patria y la vida de todos aquellos que los rodeaban[15].

Una política de reparación que va más allá de la dimensión económica necesita, en estos términos, funcionar como un mecanismo para la recuperación de la confianza cívica quebrada entre el sujeto que sufrió la violación, la sociedad en la que se produjo la violación y el Estado infractor[16]. Por lo tanto, debe ser una política que tenga una dimensión privada y, a la vez, otra pública y colectiva. No solo se deben devolver la dignidad manchada en el ámbito personal; se debe, además, permitir que fluyan en la arena cívica las ideas que dieron lugar a la persecución, asegurando así que el elemento utilizado para denigrar y perseguir a la víctima (y a sus ideales políticos) sea reubicado en un contexto de debate. De este procedimiento no surge en absoluto una aprobación de la postura que se busca hacer volver al *ágora,* ni mucho menos surge una desaprobación de la misma. Se trata únicamente de afirmar que en un espacio político pluralista la divergencia debe ser aceptada y administrada.

A fin de promover el rescate moral público de los perseguidos políticos, así como la recolocación en el plano histórico de sus ideas políticas, que fueron interrumpidas por la arbitrariedad del período de excepción, la Comisión de Amnistía mantiene tres grandes proyectos destinados a la reparación entendida como un proceso de reconocimiento[17]: las Caravanas de Amnistía, el Memorial de la Amnistía y Marcas de la Memoria.

---

15 Baggio, Roberta. "Justiça de Transição como reconhecimento: limites e possibilidades do processo brasileiro". Em: Santos, Boaventura de Sousa; Abrão, Paulo; MacDowell, Cecília; Torelly, Marcelo D. (Orgs.). *Repressão e memória política no contexto Ibero-Brasileiro*. Brasilia/Coimbra: Comisión de Amnistía del Ministerio de Justicia/Centro de Estudios Sociales de la Universidad de Coimbra, 2010, p. 268.

16 Correa, Cristián. "Programas de reparação para violações em massa aos Direitos Humanos: aprendizados das experiências da Argentina, Chile e Peru". *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*, n.° 03, en./jun. 2010, pp. 140-172.

17 Aquí se utiliza el concepto de reconocimiento de Honneth. Véase Honneth, Axel. *A Luta pelo Reconhecimento*. São Paulo, Ed. 34, 2003.

3.2.1. Las Caravanas de Amnistía como un espacio colectivo y social de reparación

Las Caravanas de Amnistía consisten en la realización itinerante de sesiones públicas de evaluación de los pedidos de reparación por persecución política[18]. Se trata, así, de una iniciativa de ampliación de las sesiones regulares de la Comisión de Amnistía sostenidas ordinariamente en la capital federal, las cuales están acompañadas de actividades educativas y culturales. Todas las caravanas comienzan con sesiones de conmemoración y homenaje público a las personas cuyos casos han sido evaluados así como a los grupos políticos a los que pertenecían. Con esta iniciativa, se busca el objetivo de dar, en primer lugar, un agradecimiento a los que se rebelaron contra la dictadura. Para la democracia y el Estado democrático es un hito simbólico relevante el recordar las luchas que se realizaron contra el mismo Estado en otras épocas y señalar inequívocamente el reconocimiento de que en aquella época fueron cometidas graves faltas contra la ciudadanía.

Después de los homenajes, se juzga respecto de los requerimientos de reparación. Con el mismo rigor observado en los juicios del Palacio de Justicia, se evalúan las pruebas y evidencias, se discuten abiertamente posturas jurídicas y se llega a conclusiones. Este proceso torna público el modo de liberación de la Comisión, como es atestiguado por cientos de personas que así llegan a comprender los criterios y limitaciones que las propias leyes imponen a la justicia. Es después de leer el voto del consejero-relator que se vive el momento más grande de la actividad de reparación moral, cuando se da la palabra al amnistiado para que se manifieste en un proceso de escucha pública; después de eso, el Estado brasileño pide perdón de manera pública y oficial por todas las injusticias cometidas.

En este punto, la reparación moral individual gana un innegable ámbito colectivo, ya que al amnistiar públicamente al perseguido, pedirle disculpas y darle la palabra, el Estado brasileño permite a toda una nueva generación que se integre al proceso de construcción democrática y que se comprometa con los valores que sustentan la nueva fase que vive la República. Para aclarar la dimensión de estos eventos es mejor

18 Para comprender mejor esta iniciativa, véase: Rosito, João Baptista Álvares. "O Estado pede perdão: a reparação por perseguição política e os sentidos da anistia no Brasil". Tesis de maestría en Antropología Social presentada al Instituto de Filosofía y Ciencias Humanas de la Universidad Federal do Rio Grande do Sul, 2010; Abrão, Paulo; Carlet, Flávia; Franz, Daniela; Meregali, Kelen; Oliveira, Vanda Davi. "As Caravanas da Anistia: um mecanismo privilegiado da justiça de transição brasileira". *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*, n.° 02, jul./dic. 2009, pp. 110-138.

transcribir el discurso de una amnistiada antes que seguir con una simple descripción. El 15 de mayo de 2009, la perseguida Marina Vieira recibió su amnistía en la 22ª Caravana de la Amnistía en la ciudad de Uberlândia, Minas Gerais, y dio el siguiente discurso sobre su historia de resistencia:

> Me expulsaron de la universidad, y he sufrido junto con mis hermanos. Fui expulsada de la Facultad de Bellas Artes; mi hermano fue expulsado de la Facultad de Medicina, y comenzó una persecución contra todos mis hermanos. Ninguno de ellos pudo decir “yo quedé eximido”. Rendí otro examen de admisión en la Universidad Católica, ya que, como me enmarcaron en el [decreto] 447, no podía trabajar o estudiar en ninguna universidad federal. Yo estaba estudiando Historia. (…) Un día, fuera de la universidad, fui secuestrada en la calle, traté de gritar, escapar, pero no fue posible. (…) La tortura comenzó en el coche. En el centro de Goiânia cambiaron de coche y me llevaron al ejército y reanudaron las torturas (…). Quedé durante nueve meses con hematomas, (…) con marcas de quemaduras de cigarrillos en los pechos y en las articulaciones del cuerpo, (…) pero no dije nada porque para mí la libertad estaba allí. Si hablaba no sería más Marina Vieira. No era una cuestión de “Yo dije”, si yo hablaba dejarían de torturarme pero torturarían a los otros; las torturas no pararían. (…) Después me llevaron a Brasilia. (…) Resistí, pero yo sabía que podía morir, por eso, quería que los jóvenes de hoy cuidasen de nuestra democracia y nuestro Brasil (…) esta democracia está en manos de los jóvenes [aplausos]; (…) después mi abogado consiguió liberarme y llevarme a casa y pasé mucho tiempo mal. (…) Tuve que huir a Chile, fui interrogada por brasileños y por chilenos (…); el 11 de septiembre fue el golpe, fui detenida en Chile, y huí a Argentina, y en Argentina recibí una invitación para vivir en Francia. Viví allá y fui recibida con gran afecto. (…) Hoy en día vivo en los Estados Unidos, y donde yo estoy hacemos manifestaciones, como cuando estábamos en contra de la Guerra del Golfo (…)[19].

19 Declaración rendida durante la 22ª Caravana de la Amnistía el 15 de mayo de 2009 en la Universidad Federal de Uberlândia, en Uberlândia/MG.

El testimonio escuchado, junto con muchos otros dictados por casi un millar de brasileños que han sido objeto de amnistía en eventos públicos de gran visibilidad[20], nos permite contradecir firmemente el argumento de que "al contrario que los familiares de las víctimas fatales del régimen militar, los perseguidos políticos siempre han estado centrados en el aspecto financiero de la cuestión"[21]. Incluso los grupos cuyo enfoque central es la compensación económica reconocen una grandeza política en el acto de amnistía, ya que, al margen de su contenido económico, tal acto, realizado en público, permite una efectiva rendición de cuentas en relación con un pasado histórico en disputa. El acto público de reparación transforma la cuestión del pago envuelta en el proceso de reparación en algo secundario (especialmente cuando se considera el dato ya mencionado de que la mayoría absoluta de las solicitudes de amnistía no implica una reparación económica).

Al ser reparados moralmente, los perseguidos sienten que pertenecen nuevamente al país y la comunidad que les dio la espalda en el pasado, recomponen su identidad y también recomponen el propio sentido de comunidad política. En las palabras del gran intelectual y profesor brasileño Antonio Candido "(e)stos son momentos en que Brasil se encuentra consigo mismo porque las aspiraciones populares a la justicia y la libertad coinciden con las acciones del gobierno"[22]. Otro ejemplo de este sentimiento, que no guarda relación con el mecanismo de compensación económica, se expresa en la declaración rendida el 26 de noviembre de 2009 por Ana Maria Araújo Freire, viuda del educador Paulo Freire, al recibir en su nombre, durante el Foro Mundial de Educación, la amnistía *post-mortem:* "Paulo Freire tiene ahora, después de tantos años, totalmente restaurada su ciudadanía"[23].

Además de un acto de reparación en el ámbito colectivo, las caravanas cubren una dimensión social innegable en la medida en

20 Véase Brasil. *Relatório de Ações Educativas da Comissão de Anistia 2007-2010*. Brasilia: Ministerio de Justicia, 2010.

21 Mezarobba, Glenda. "Entre reparações, meias verdades e impunidade: o difícil rompimento com o legado da ditadura no Brasil". *SUR - Revista Internacional de Direitos Humanos*, vol. 07, n.° 13, diciembre de 2010, pp. 6-25.

22 Declaración rendida durante a 33ª Caravana de Amnistía, el 4 de febrero de 2010, en el Sindicato de los Metalúrgicos de Sao Paulo y Mogi das Cruzes, en la ciudad de São Paulo/SP.

23 Declaración rendida durante la 31ª Caravana de Amnistía el 26 de noviembre de 2009, durante el Foro Mundial de Educación Profesional y Tecnológica en la ciudad de Brasilia/DF.

que rescatan conductas y memorias que el régimen dictatorial trató de acallar. Fue en las caravanas, por ejemplo, donde el Estado se disculpó oficialmente ante las grandes figuras nacionales, comenzando con el primer perseguido por el golpe de 1964, el depuesto presidente Joao Goulart, además de otros grandes líderes políticos e intelectuales de la nación, como exgobernadores de las provincias, líderes de la oposición, activistas sociales asesinados, militares que han dicho "no" al golpe o se resistieron a él, los familiares de los políticos desaparecidos, entre muchos otros.

Con el mecanismo de las caravanas, el Estado brasileño avanzó no solo en las reparaciones morales individuales, sino también en las reparaciones simbólicas colectivas, devolviendo a la población el ejemplo de sus líderes que fueron negados por una historia oficial opuesta a las diferencias, y permitiendo a los jóvenes que no vivieron el período de excepción acceder a la pluralidad de las historias de su país. Son actos que contribuyen a la construcción de la identidad nacional colectiva. Es de vital importancia para la historia, en un intento por restablecer las narrativas múltiples, tener una apertura a las dimensiones afectivas, personales y testimoniales, que solo la memoria viva nos proporciona. Al hacer este rescate, contribuye a la reparación de carácter integral y compromete a las nuevas generaciones con el propósito firme de evitar una repetición de lo ocurrido.

3.2.2. El Memorial de la Amnistía como un vínculo entre pasado y presente

Con el avance de los procesos de reparación individuales —y con la adición de los elementos de efecto colectivo— el programa de reparaciones de Brasil ahora también se enfoca en la importancia de la memorialización para rescatar la verdad y promover la memoria política que el régimen de excepción quiso extirpar del país violando el patrimonio cultural colectivo de la nación.

Durante los años de trabajo llevado a cabo para promover las reparaciones económicas individuales, y en el proceso de reparaciones morales individuales con efecto colectivo, miles de historias y de hechos se han hecho de conocimiento público a través de la acción de la Comisión de Amnistía debido a la necesidad de probar las persecuciones políticas por medio de documentos y testimonios. Poco a poco, todo ese acervo se fue acumulando en los archivos del Ministerio de Justicia en miles de expedientes y documentos de audio y video que muestran no solo la

persecución infligida individualmente a cada uno de los perseguidos sino también la historia de Brasil contada desde la perspectiva de quienes fueron perseguidos por el Estado por defender un modelo social diferente del asumido por los que gobernaban. Si se pusieran en una hilera los archivos de papel de la Comisión actualmente existentes sería posible establecer una línea continua de más de 150 kilómetros de información.

La idea inscrita en el Memorial de Amnistía, en conformidad con iniciativas similares emprendidas en países como la Alemania postnazi, la Sudáfrica post-apartheid, los Estados Unidos después del fin de las restricciones sociales basadas en el color de la piel, e incluso en diversos países de América Latina, como Chile y Argentina, tras la experiencia vivida bajo regímenes autoritarios similares al Brasil, es la construcción de un proceso de "memorialización"[24] que garantice la materialización de una gran espacio público de reparación colectiva que funcione como pedido de perdón del Estado a su pueblo por los errores de los actos arbitrarios y autoritarios. Los fundamentos conceptuales del Memorial de la Amnistía, por lo tanto, entran en esta nueva tradición de la amnistía en Brasil: *un acto de reconocimiento del derecho a resistir, pedido de perdón por el Estado y la preservación de la memoria de las víctimas de persecución política.*

Es así como, al mismo tiempo, se promueve una amplia reparación colectiva con el pedido de perdón difundido en toda la sociedad, y además se generan efectos de reparación a cada uno de los perseguidos políticos, ya que han sido perseguidos por pertenecer a grupos y comunidades cuyas ideas fueron prohibidas por el Estado autoritario. El rescate de estas ideas y sus protagonistas forman la estructura temática del Memorial, que trata de revivir la capacidad del Estado para convivir con el pluralismo político, reafirmando la reparación moral inherente a las disculpas individuales, las que reconocen el derecho individual a resistir el autoritarismo que tiene toda persona.

Por lo tanto, la política pública que origina el Memorial no tiene la intención de ser un museo sobre la historia de Brasil, aunque, por

24 Véase Brett, Sebastian; Bickford, Louis; Sevenko, Liz; Rios, Marcela. *Memorialization and Democracy: State Policy and Civil Action.* Nueva York/Santiago: ICTJ/FLACSO, 2007. A nivel local, Brasil ya tiene un sitio de memoria y de vanguardia importante que es el Memorial de la Resistencia de Sao Paulo, inaugurado el 24 de enero de 2009, que ocupa el espacio de la antigua dependencia de la cárcel DEOPS/SP (Departamento de Estado de Orden Pública y Social 1940-1983). Véase Araújo, Marcelo Mattos & Oliveira Bruno, Maria Cristina (Orgs.). *Memorial da Resistência de São Paulo.* (Artículo de Katia Felipini Neves). Sao Paulo: Pinacoteca del Estado, 2009. Sitio <http://www.pinacoteca.org.br/?pagid=memorial _da_resistencia>.

supuesto, esta dimensión se contempla, ni mucho menos ser un espacio unilateral para difundir una idea en particular en los ámbitos político y cultural. Desea todo lo contrario: crear un lugar de memoria y conciencia que devuelva a la sociedad brasileña la pluralidad de ideas y proyectos sociales que la represión interrumpió y cortó arbitrariamente del espacio público como una forma de promover una política integral de reparaciones a esta sociedad que vio atropellado su desarrollo político-cultural. Por lo tanto, el guión museográfico del Memorial se refiere a la reflexión sobre los crímenes contra la humanidad, la institución de la amnistía y la justicia de transición[25].

Esta política de reparación moral y cultural, así como el costo de reparación, es una tarea del Estado que traspasa cualquier tonalidad ideológica y partidaria. Con ello, se agrega un elemento más a la consolidación del proceso de transición en Brasil y se fomenta la idea de una reparación integral que contemple de la forma más amplia posible a las personas directamente afectadas por los actos de excepción, y, sobre todo, que fomente los valores democráticos y de ciudadanía que orientan la integridad de la Constitución como un área de formulación de los principios políticos rectores de la sociedad brasileña en la postdictadura.

3.2.3. El proyecto Marcas de la Memoria

Con la expansión del acceso público a la labor de la Comisión creció de manera exponencial el número de informes sobre arbitrariedad, detenciones, torturas y otras violaciones de los derechos humanos. La exposición pública de estas violaciones permitió romper el silencio que rodeaba al tema, pero el proceso seguía demasiado centrado en la esfera de la producción de conocimiento gestado directamente por el Estado. El proyecto Marcas de la Memoria se presenta como una alternativa a la concentración de iniciativas de memoria en el plano gubernamental, canalizando recursos para acciones directamente elaboradas y ejecutadas por grupos de la sociedad civil. Por lo tanto, hace viable el surgimiento de diversas narrativas en el seno de la sociedad.

Para cumplir con este objetivo general, las acciones de las Marcas de la Memoria se dividen en cuatro campos:

25 Para más información sobre el proceso de concepción e implementación del Memorial, así como una descripción de su recorrido museográfico, véase Abrão, Paulo & Torelly, Marcelo D. “Dictatorship Victims and Memorialization in Brazil”. En: Harju, Jari & Sarpo, Elisa. Museums and Difficult Heritage. Helsinki: Helsinki City Museum, 2012, en prensa.

- *Audiencias públicas:* actos y eventos para promover los procesos de escucha pública de los perseguidos políticos sobre el pasado y su relación con el presente. Ejemplos de estas audiencias han sido la sesiones de trabajo que se han producido desde el 2008 en diversas categorías profesionales de trabajadores y sindicalistas despedidos arbitrariamente en la dictadura; la audiencia pública sobre los límites y posibilidades para responsabilizar a los torturadores del régimen militar que tuvo lugar en Brasilia (2008)[26], y, más recientemente, la audiencia sobre la situación jurídica del amnistiado político militar realizada en Río de Janeiro (2010). La Comisión también estuvo en tres ocasiones distintas en la región de Araguaia, donde recogió más de 400 testimonios de campesinos perseguidos durante el episodio de la guerrilla que lleva el nombre de la región.
- *Historia Oral:* entrevistas con perseguidos políticos basadas en los criterios teórico-metodológicos propios de la historia oral. Un primer proyecto en marcha realiza 108 entrevistas (grabadas, filmadas y transcritas) con personas que han experimentado historias relacionadas con la resistencia; este proyecto se realiza en colaboración con las universidades federales de Pernambuco (UFPE), de Rio Grande do Sul (UFRGS) y de Río de Janeiro (UFRJ). Todas las entrevistas estarán disponibles en el Memorial de la Amnistía y en las bibliotecas y centros de investigación de las universidades participantes en el proyecto para el acceso de todos los interesados.
- *Convocatorias públicas para la promoción de las iniciativas de la sociedad civil:* por medio de convocatorias públicas, la Comisión selecciona proyectos para la preservación de la memoria, la divulgación y la difusión que surgen de organizaciones de la sociedad civil. En las dos primeras convocatorias hechas públicas

26 Vale la pena señalar la importancia histórica de esta audiencia en particular: por primera vez, el Gobierno de Brasil discutía la posibilidad de encontrar formas de rendición de cuentas por los crímenes cometidos por agentes del Estado durante la dictadura, adicionando varios movimientos sociales de víctimas, perseguidos políticos y otros sectores sociales de defensa de la ciudadanía y los derechos humanos. A partir de esta Audiencia Pública, a la que asistió el entonces presidente del Consejo Federal del Colegio de Abogados de Brasil, esta entidad planteó un tipo de acción de inconstitucionalidad (ADPF 153) ante la Corte Suprema para que se haga una interpretación de ley de amnistía de 1979 de modo que esta no alcanzase a los crímenes contra la humanidad cometidos por agentes del Estado durante la represión política.

en el 2010 y el 2011, las propuestas seleccionadas incluyen proyectos para producir libros, documentales, materiales educativos y boletines informativos, exposiciones de arte, obras de teatro, conferencias, proyectos musicales y proyectos de digitalización y/o restauración de las colecciones históricas.

– *Publicaciones:* el propósito es publicar una colección de memorias de los perseguidos políticos, así como también disertaciones y tesis sobre el período de la dictadura y de la amnistía en Brasil; reimprimir o publicar obras y textos históricos y relevantes; y registrar las actas de varios eventos de amnistía política y justicia de transición. Las publicaciones no tienen un fin comercial ni lucrativo; se distribuyen de forma gratuita, especialmente entre escuelas y universidades.

El proyecto Marcas de la Memoria combina entrevistas, organiza la información y promueve iniciativas culturales que permitan a toda la sociedad conocer el pasado y sus lecciones para el futuro. El proyecto refrenda, por tanto, la premisa de que solo conociendo el pasado podemos evitar que se repita en el futuro, y hace del proceso de amnistía un camino hacia la reflexión crítica y la mejora de las instituciones democráticas. Más aún, el proyecto invierte en miradas plurales para lo cual selecciona las iniciativas a través de un aviso público, garantizando la igualdad de acceso para todos y evitando que una visión única del mundo se imponga como hegemónica frente a las demás.

Con este proyecto, que es la experiencia más reciente de reparación como reconocimiento puesta en práctica por la Comisión de Amnistía, se espera permitir que la sociedad tenga acceso a una pluralidad de narrativas sobre el pasado compartido. Así, el acto reparador de permitir al perseguido político relatar su historia (a través de diversos medios y formas) se convierte en una posibilidad singular de apropiación y conocimiento de su historia individual por la comunidad.

3.3. Las críticas y asimetrías del programa de reparaciones

Hay tres grupos de posibles asimetrías en el programa de reparaciones de Brasil, especialmente enfocadas en lo relativo a su dimensión económica: el primer grupo (3.3.1) es el de las asimetrías entre los criterios de la Ley n.° 10.559/2002 y los criterios de la Ley n.° 9.140/1995 y otras leyes; el segundo (3.3.2) se refiere a los criterios internos de la Ley n.° 10.559/2002, y finalmente (3.3.3) están las asimetrías entre las personas

que recibieron amnistías tomando como base pensiones de jubilación excepcionales previamente a la Ley n.° 10.559/2002 que reglamenta el artículo 8 de la ADCT (disposiciones transitorias) de la Constitución de 1988.

3.3.1. Posibles asimetrías entre los criterios de las Leyes n.° 10.559/2002, n.° 9.140/1995 y otras legislaciones

Como se ve, la Ley n.° 10.559/2002 tiene dos criterios para el establecimiento de reparación económica (indemnización) a las víctimas de persecución política:

> **Criterio 1:** A aquellos que puedan demostrar la pérdida de la actividad laboral, se les pagará una prestación mensual, permanente y continua (PMPC) libre de impuestos y con efectos financieros retroactivos al 5 de octubre de 1988. El PMPC debe fijarse en una cantidad correspondiente a la posición que ocupaba "como si estuviera en servicio activo" agregando todos los derechos e incrementos derivados del tiempo de servicio o tomando valores arbitrados consistentes con los promedios del mercado para la actividad.
>
> **Criterio 2:** A los que no tenían ninguna actividad laboral en el momento de los hechos, se les otorgará una compensación en prestación única (PU) de treinta veces el sueldo mínimo por cada año de la persecución comprobada, hasta un tope de R$ 100 Mil Reales, libres de impuestos.

Los criterios para la reparación de la Ley n.° 10.559/2002 son comparados, por lo general, con los criterios (a) de la Ley n.° 9.140/1995, que establece la Comisión Especial sobre Muertos y Desaparecidos Políticos, y con (b) las reparaciones otorgadas por el Poder Judicial basándose en el Código Civil.

a) Posibles asimetrías con la Ley n.° 9.140/1995

La Ley n.° 9.140/1995 establece una compensación en prestación única para los familiares de los activistas políticos reconocidos como víctimas de muerte o desaparición durante el régimen militar. Ninguna indemnización pagada en virtud de esta ley, aplicada por la Comisión Especial sobre Muertos y Desaparecidos Políticos, podrá ser inferior a

US$ 62.500 y en la práctica, por los criterios legales, ninguna fue mayor a US$ 95.000.

No parece haber asimetría en relación con los pagos fijados por el primer criterio establecido por la Ley n.° 10.559/2002, que prevé una indemnización de pago único de hasta US$ 62.500 para los perseguidos políticos que no tenían un contrato de trabajo en el momento de los hechos. Por lo que respecta a la comparación entre los intereses jurídicos afectados, por ejemplo, entre el derecho a la vida (muerte y desaparición) en comparación con el derecho legal a un proyecto de vida, a la ciudadanía o a la identidad (como en el caso de los niños en la clandestinidad o el exilio, los estudiantes expulsados de las escuelas), o a la libertad y a la integridad física (juzgados, encarcelados y/o torturados, sin pérdida de la condición de empleo), el derecho a la vida es más valorado. Después de todo, el techo de la disposición de la Ley n.° 10.559/2002 solo corresponde al mínimo de la Ley n.° 9.140/1995.

Cuando se hace una comparación con el segundo criterio, que establece el pago mensual, podrá surgir una discrepancia de valores, y parece que la vida del desaparecido político se habría valorizado de manera inferior al empleo del perseguido que sobrevivió. Así, hipotéticamente, si un perseguido político despedido recibe una reparación económica mensual de aproximadamente US$ 1.750, cerca de la media actual vista en el Cuadro 05, y se añaden los atrasos que se le deben, puede conseguir una cantidad más alta que la pagada a la familia de un muerto o desaparecidos, según la fecha de la solicitud de reparación y del tiempo de vida en que perciba la PMPC.

Esta posibilidad de asimetría surge de la conjunción en la práctica de dos factores: (i) la falta de eficacia de las leyes anteriores, que determinan la reincorporación de despedidos, pero que ahora permiten optar por una compensación económica (sobre todo debido a la edad avanzada del beneficiario o a que ya posee otro puesto de trabajo) y (ii) el retraso de la reglamentación legislativa del artículo 8 del Acto de Disposiciones Constitucionales Transitorias, ya que el Congreso demoró catorce años para aprobar la Ley n.° 10.559/2002 que estableció la fijación de criterios reparadores, haciendo que las sumas por efectos retroactivos sean altas incluso existiendo la prescripción quinquenal. Si la ley se hubiera creado en 1989 y, más aún, si los reclamos de indemnización hubieran sido analizados administrativamente con prontitud o a tiempo de permitir no la compensación pero el regreso al empleo, no habría ningún valor

retroactivo y el supuesto de que una indemnización en PMPC por la pérdida de su situación laboral resulte superior a la indemnización por muerte o desaparición, solo ocurriría en relación directa y proporcional con la expectativa de vida del amnistiado político.

El problema también reside en la comparación siempre complicada entre las distintas medidas compensatorias, tales como las restituciones comparadas con las compensaciones. Como se sabe, las restituciones tienen el propósito de restaurar el *status quo* de la condición de vida personal arbitrariamente cortada, mientras que las compensaciones solo tienen por objeto mitigar el dolor y la pérdida, puesto que no se puede restablecer el bien afectado. Vale la pena señalar que en el caso concreto y, como se ha señalado antes, para los trabajadores despedidos de manera arbitraria, el principio reparador en Brasil fue el de restitución al trabajo, o sea la reintegración. Lo que pasa es que con el tiempo y la incapacidad para llevar a cabo la reintegración real (ya sea por la edad avanzada de los despedidos, ya sea debido a su participación en nuevas carreras o alternativas de vida), la legislación establece una compensación, como las prestaciones mensuales. Y el dato fáctico es que estas compensaciones asumirán jurídicamente una lógica de restitución en la medida en que la Constitución establece la percepción de una indemnización que puede ser fijada en un valor compatible con aquel en el que el individuo recibiría si estuviera en servicio activo. Por lo tanto, si no fuese por la prescripción que limita la retroactividad a cinco años y por la posibilidad de fijar los pagos mensuales a través de cálculos de mercado, las compensaciones económicas mensuales pagadas a las víctimas de la persecución política serían verdaderas restituciones de cada centavo no recibido en razón de la pérdida de empleo.

De todos modos, un dato que no se debe ignorar al comparar las reparaciones pagadas a las familias de las víctimas de muertos y desaparecidos con las reparaciones dadas a víctimas de persecución política, es que los beneficios de la Ley n.° 10.559/2002 se pueden acumular con las compensaciones de la Ley n.° 9.140/1995. Por tratarse de reparaciones por daños que tienen bases fácticas diferentes, los familiares de muertos y desaparecidos tienen derecho a una indemnización doble del Gobierno brasileño. Por lo tanto, tienen el derecho a ser reparados (compensados) por la extraordinaria responsabilidad del Estado por muerte o desaparición, con base en la Ley n.° 9.140/1995, y en forma concomitante, pueden ser reparados (compensados) por la responsabilidad del Estado por las persecuciones políticas que el muerto o desaparecido

sufrió en vida, ya sea en forma de prestación única (cuando el muerto o desaparecido no tenía vínculo laboral, como es el caso tristemente célebre de los estudiantes) o por prestaciones mensuales, permanentes y continuas (para los casos en los que, cuando se dio la detención o la persecución, se perdió la relación laboral).

b) Posibles asimetrías con las reparaciones judiciales basadas en el Código Civil

Por desconfianza hacia el Poder Ejecutivo o por la demora del Legislativo en reglamentar la reparación, muchas víctimas de persecución política recurrieron a los tribunales de justicia para asegurar su derecho a indemnización. Basado en el Código Civil, y antes de la Ley n.° 10.559/2002, el Poder Judicial dispuso indemnizaciones tomando como base el daño material sufrido por el perseguido y el daño moral que consideró pertinente, mientras que la Comisión de Amnistía se basa en los dos criterios particulares de compensación económica establecidos en la Ley n.° 10.559/2002. Por lo tanto, dos casos similares juzgados respectivamente por la Comisión de Amnistía y por el Poder Judicial pueden llegar a resultados muy diferentes, ya que la consideración en concreto del daño moral, añadida a la indemnización de naturaleza laboral para reparar todas las pérdidas efectivas, tiende a hacer que las reparaciones otorgadas por tribunales sean mucho más altas que las dadas por el Poder Ejecutivo basándose en los criterios especiales de la Ley n.° 10.559/2002. Esta posibilidad de asimetría, sin embargo, se debe a la errada comparación entre la reparación administrativa y la reparación judicial[27].

3.3.2. Posibles asimetrías internas de la Ley n.° 10.559/2002

Además de la comparación con otros criterios legales, la ley de amnistía vigente puede generar asimetrías entre aquellos a quienes están dirigidos sus propios criterios especiales porque (i) se establecen métodos de cálculo diferentes para aquellos que sufrieron o que no sufrieron la ruptura de sus vínculos laborales cortadas por efecto de la persecución, y además, (ii) porque, para quienes vieron su vínculo laboral roto por

27 De Greiff argumenta inclusive en el sentido de que las reparaciones judiciales son absolutamente incompatibles con los programas de reparaciones masivas como las que deberán construirse en períodos postautoritarios de restitución del Estado de derecho. Véase De Greiff, Pablo. “Justice and Reparations”. En De Greiff, Pablo (Org.). *The Handbook of Reparations*. Oxford: Oxford University Press, 2006. (Publicado también en la presente obra).

la persecución, se considera el nivel de remuneración de la profesión que el perseguido tenía a la hora de la represión y la remuneración que tendría en el presente si se hubiera mantenido el vínculo laboral. Por lo tanto, al comparar las hipótesis previstas para la reparación de una sola prestación y para la reparación en prestaciones mensuales en la Ley n.° 10.559/2002, o incluso al considerarse la variedad de situaciones que ocasionan el pago mensual, se puede observar asimetrías palpables, ya que dos personas que han sufrido persecución política equivalente pueden recibir reparaciones muy diferentes.

a) Entre los amnistiados de la Ley N.° 10.559/2002, con y sin las relaciones laborales en el momento de la persecución

Al compararse las hipótesis previstas para la reparación mediante un pago único y las hipótesis referidas a la reparación en prestaciones mensuales en la Ley n.° 10.559/2002, aparece un desequilibrio cuando se parte de una evaluación de las secuelas y los tipos de daños por ser reparados.

Una situación hipotética es la de dos ciudadanos militantes conjuntamente en el partido clandestino, con actividades similares, ambos arbitrariamente encarcelados durante dos años, siendo uno de ellos estudiante de Periodismo del último año, y siendo el otro un periodista recién formado que trabaja en un periódico de manera regular. Para el primero, por no tener una relación laboral, la ley exige un pago global de sesenta sueldos mínimos por dos años de persecución comprobada (un valor aproximado de US$ 18.750 en valores corrientes); para el segundo, se fijará el salario mensual de un periodista, que se pagará mensualmente de por vida, y con carácter retroactivo, si la prisión también le ha traído la consecuencia de la pérdida del empleo. Así, para el primer perseguido, restringido en su libertad de movimiento y acceso a la educación, la indemnización será menor que para el segundo perseguido, limitado en su libertad de movimiento y en su libertad de trabajo.

La asimetría observada en el caso concreto no puede implicar un no reconocimiento de la validez del derecho del segundo perseguido a que se compense las pérdidas económicas causadas por la interrupción de su trabajo, pero sí puede implicar la simple identificación de la existencia de situaciones fácticas menos valoradas por la legislación brasileña frente a los grandes daños y serios traumas ocasionados a quienes vivieron la persecución sin perder sus vínculos laborales. Es el caso explícito

de los estudiantes expulsados de sus cursos y que vieron alterados sus proyectos de vida o de los jóvenes y niños con padres que han sufrido las consecuencias de la clandestinidad, las cárceles, las torturas, destierros, exilios y otras restricciones derivadas del régimen de excepción. De todos modos, parece que el legislador no tenía la intención explícita de valorar estas situaciones por encima del techo mínimo fijo de reparación a los familiares de los muertos y desaparecidos, como se ha visto anteriormente.

La reparación se fija a partir del tiempo de la persecución política comprobada por la Comisión de Amnistía, no de las secuelas resultantes de la persecución. En Brasil no se prevé ninguna evaluación del sufrimiento individual y de las secuelas permanentes dejadas por la persecución política, por lo que está vedado a la Comisión de Amnistía conceder reparaciones bajo ese título. Por lo tanto, alguien impedido de trabajar que pueda mostrar su antiguo vínculo laboral recibirá un pago mensual que garantiza su subsistencia hasta la muerte, incluso si no ha perdido su capacidad efectiva de procurarse la subsistencia, mientras que otros que no tenían contrato de trabajo y que, como resultado de la persecución, sufrieron daños que hicieron inviable de forma permanentemente el ejercicio de sus actividades laborales, como traumas físicos y psicológicos debidos a la tortura, solo recibirá como prestación única treinta salarios mínimos por cada año de persecución.

b) Las asimetrías derivadas de la perpetuación de las diferencias de clase

Entre los que perdieron la relación laboral por razones puramente políticas, al depender la reparación de las ganancias en la actividad laboral comprobada, los que tenían mejores posiciones sociales en el momento de la persecución y, por consiguiente, los salarios más altos, son hoy los que serán reparados con valores más elevados, ya que la compensación mensual se calcula teniendo en cuenta la situación laboral en el momento de la persecución y la remuneración “como si estuviera en servicio activo” en ese mismo vínculo laboral en el presente. Esto da lugar a la posibilidad de que dos que han sido perseguidos también restringidos en su derecho a trabajar en diferentes profesiones en un período determinado de tiempo reciban hoy reparaciones muy diferentes. Esta asimetría se manifiesta también en una especial protección que las leyes de amnistía dieron a las víctimas de la persecución política relacionada con el sector público, como veremos a continuación.

La ley es claramente más favorable a los funcionarios públicos que a los trabajadores del sector privado. Para el cálculo de reparaciones en prestaciones mensuales, la Ley n.° 10.559/2002 indica dos posibilidades: (i) obtener el valor de la remuneración que en la actualidad tendría el perseguido a través de consultas con el empleador anterior, el sindicato o la asociación, o incluso, la legislación que rige la carrera, (ii) la determinación arbitral de los valores basándose en la investigación del mercado.

Las carreras públicas tienen planes de cargos y carreras fundamentados en la ley; de esta manera, es posible afirmar de forma efectiva y precisa cuánto estaría recibiendo alguien si hubiese permanecido al servicio público hasta el presente en esa misma carrera. En los casos de empresas privadas, casi no existen planes de carrera reglamentados y las declaraciones de las empresas generalmente son genéricas, pues la ascensión en el cargo no está reglamentada por lo que no hay datos concretos que indiquen los valores de la remuneración en el presente. El mismo problema acontece con las declaraciones procedentes de sindicatos y asociaciones, que proporcionan datos sobre la categoría, y no sobre cada procesado.

Por lo tanto, los funcionarios públicos que fueron despedidos por persecución política o por su participación en huelgas tienden a recibir reparaciones mensuales (y, en consecuencia, pagos retroactivos a 1988) más altos que aquellos que fueron despedidos del sector privado. Como un simple ejemplo, el pago mensual promedio de un aviador civil es US$ 2,968, mientras que la misma media para el aviador militar es US$ 8.250[28]. Sin embargo, por las legislaciones anteriores al 2002, algunos funcionarios públicos fueron reintegrados en sus carreras, pero no fueron debidamente reposicionados, por lo que tuvieron pérdidas remuneratorias resultantes de no haber progresado en la carrera durante el tiempo en que estuvieron separados. Para los casos en los que los servidores reciben hoy, como jubilación normal, parte de lo que normalmente recibirían como resultado de su readmisión, la Comisión de Amnistía tiene la obligación legal de complementar el valor hasta lo que correspondería a su avance en la carrera por el tiempo de servicio. En esta situación, en muchos casos, también puede ocurrir que el valor de las adiciones es mayor que el promedio de las demás categorías de la empresa privada. Por otra parte, dada la ausencia de planes de ascenso

28 Teniendo en cuenta los valores medios de la base de datos de la Comisión de Amnistía, en julio de 2009.

en la carrera por años de servicio en la gran mayoría de las ocupaciones en el sector privado, quien regresó a su función debido a la amnistía no recibirá ninguna diferencia debido a su distanciamiento, ya que esto no puede ser calculado.

Aunque se puede señalar que para los funcionarios públicos la ley prevé mecanismos de rehabilitación, tales como la posibilidad de disfrutar de los beneficios sociales que mantienen los servidores de la Administración Pública como planes de seguro, asistencia médica, odontológica y hospitalaria, y financiamientos para vivienda, para los perseguidos del sector privado no hubo previsiones disponibles con mecanismos de reparación de servicios públicos de rehabilitación.

De todos modos, vale la pena señalar una excepción a la protección especial del sector público por la Ley n.° 10.559/2002: esta no prevé explícitamente medios de reparación para los servidores reintegrados a sus puestos correctamente, con progresiones adecuadas, pero que pasaron años separados de sus carreras y, en ocasiones, impedidos de trabajar en otros lugares por efecto de actos arbitrarios y que no pudieron percibir las ganancias directas de su trabajo durante los años de su separación del servicio. En estos casos, aun con perjuicio evidente, puesto que la correcta reposición no remuneró las pérdidas por el tiempo de separación, la Comisión no tiene mecanismos legales específicos para proporcionar algún tipo de compensación económica, sino que se limita a la reparación moral y la disculpa oficial.

3.3.3. Las posibles asimetrías entre los amnistiados originarios de la Ley n.° 10.559/2002, con las titulares de pensiones excepcionales convertidas en mensualidades

La Ley n.° 10.559/2002 determinó que todos los procesos administrativos de amnistía que fueron instruidos en comités especiales antes de su promulgación existente en los órganos de la Administración Pública Federal Directa o Indirecta fueran enviados al Ministerio de Justicia. Para los casos sin la manifestación del poder público, prevé que la Comisión de Amnistía debe examinar y juzgar y, para los casos cuya conclusión ocasionó concesión especial de pensiones, pagadas por el INSS, la Comisión solo debe reemplazar dicho pago excepcional de jubilación por la forma mensual, permanente y continua, garantizando, de ser pertinente, los nuevos derechos consagrados por la ley más reciente. Esta sustitución además de representar un cambio en el carácter de la compensación económica, desde la seguridad social hacia el régimen

indemnizatorio (lo que genera una exención de impuestos), tiene como efecto práctico el cambio de ente pagador: del INSS al Ministerio de Planificación (para civiles) y al Ministerio de Defensa (para militares), con una determinación expresada en la ley que niega la posibilidad de solución de continuidad.

Sucede que los criterios que se utilizaron para apoyar las indemnizaciones concedidas a los trabajadores que han sido objeto de amnistía antes de la existencia de la Comisión de Amnistía fueron diversos según el órgano de Administración que lo puso en marcha. En la mayoría de los casos, estos valores fueron significativamente mayores que los practicados por la Ley n.° 10.559/2002, creando diferencias entre personas en situaciones idénticas.

3.3.4. Las medidas adoptadas por el Ejecutivo sobre las asimetrías legales

Ante las posibles asimetrías existentes, hay que destacar que el cambio de los dos criterios legales establecidos en la Ley n.° 10.559/2002 es prerrogativa de la Asamblea Legislativa, y sería obligación de todo otro departamento del Gobierno acatarlo. No obstante, con el fin de reducir asimetrías respetando los criterios legales establecidos en la Ley n.° 10.559/2002, se sabe que la Comisión de Amnistía ha tomado algunas medidas eficaces a fin de establecer criterios equitativos para todas aquellas situaciones donde la ley facultase al órgano deliberativo a elegir.

Desde el 2007, la Comisión de Amnistía dejó de usar progresiones ficticias informadas por los empresarios o los sindicatos como el primer criterio para establecer los pagos mensuales para los trabajadores del sector privado, basándose principalmente en estudios de mercado para todos los casos y situaciones y minimizando parte de la posible ausencia de igualdad para los casos que se consideran similares. La investigación de mercado se ha aplicado también a parte de los funcionarios del sector público, con el fin de eliminar la asimetría entre ellos y los trabajadores del sector privado, siempre que las descripciones de los puestos fueran compatibles o con mayor razón cuando se ha demostrado que son idénticas o incluso si los resultados finales de las indemnizaciones implicaban montos millonarios incompatible con los principios de racionalidad y compatibilidad con la realidad social de Brasil.

En todo caso, hay que señalar que, a pesar de estas asimetrías, el programa de indemnizaciones en Brasil es hoy uno de los más exitosos en

el mundo y que, por lo demás, en cualquier programa de indemnización existen, por naturaleza, las distorsiones, ya que estos programas surgen para promover reparaciones masivas, de modo que muchas peculiaridades de cada caso[29], en los términos de las propias leyes de instalación de las comisiones reparadoras, acaban por no ser tomados en cuenta con el fin de obtener otras ventajas como el suministro de un servicio más rápido y homogéneo a los afectados por los actos de excepción.

4. El proceso de indemnización como el eje estructural de la justicia transicional en Brasil

Actualmente, el programa de indemnizaciones de Brasil es uno de los más grandes del mundo. Tal como se presenta, su dimensión económica es probablemente una de las más grandes jamás vistas. Además, el programa cuenta amplias redes sociales y mecanismos de reparación moral que abarcan tanto la reparación individual como la reparación social, simbólica y colectiva. Teniendo en cuenta las distintas posibilidades de reparación indicadas en este estudio, son raros los casos de víctimas de arbitrariedades o familiares de estas que no estén contemplados en alguna medida por el programa.

Así, se pueden sacar algunas conclusiones sobre el proceso de reparación en el contexto de la efectiva realización de la justicia transicional en Brasil.

La primera conclusión importante acerca de las reparaciones en Brasil se basa en el artículo 8 del ADCT, cuyo texto explícitamente se traduce en un genuino acto de reconocimiento de la amnistía para los perseguidos políticos y de su derecho a resistir la opresión. La segunda es que, en Brasil, desde su creación, la amnistía es un acto político que está ligado a la idea de reparación. La tercera conclusión es que la amnistía que concede la Constitución se dirige a quienes fueron afectados por los actos de excepción; por lo tanto, que está dirigida a los perseguidos, no a los perseguidores. La cuarta es que podemos decir que existe en Brasil la implantación de una gran variedad de medidas reparadoras, individuales y colectivas, materiales y simbólicas, a pesar de que las medidas de rehabilitación de las víctimas son casi imperceptibles. Por último, por su

29 Un ejemplo de singularidad no cubierto por el programa son los casos de personas heridas durante los episodios de confrontación entre la resistencia armada y la represión. No hay legislación específica para estos casos. Para algunos analistas, este es un fracaso del programa de reparaciones de Brasil.

extensión en el tiempo y alcance, el proceso de reparación se convirtió en el eje estructurador de la justicia transicional en Brasil, ya que es gracias a las actividades de dos comisiones de reparación (motivadas por la constante movilización social en torno al tema tomado de la Constitución de 1988) que otras medidas de justicia transicional se han estructurado: el reconocimiento del derecho a la memoria y la verdad (que adquiere fuerza legal en el decreto del Tercer Plan Nacional de Derechos Humanos), la creación de la base de datos de ADN de los familiares de desaparecido por razones políticas, las políticas públicas de memoria y de reparación simbólica, el reconocimiento de violaciones de derechos humanos, que sirven como base fáctica para las demandas actuales y futuras, etc.

Por eso, si comparamos la dimensión de la reparación con las otras dimensiones del proceso de transición en Brasil, nos damos cuenta de que esta no solo es la mejor desarrollada sino también la que funciona como eje propulsor de todo el proceso, agregando agentes. El flujo constante de solicitudes de entrada a la amnistía, así como la expansión de la demanda de justicia transicional en los últimos tiempos, sirve como una fuerte comprobación de la tesis de que el proceso de reparación, al desarrollarse, dio visibilidad a la lucha de las víctimas, al mismo tiempo que permitió una mejor consolidación y nuevos desarrollos en el programa de reparación real (es decir, un refuerzo de su propio eje reparador), así como también la visibilidad de otras luchas de movimientos sociales por la justicia, la verdad y la memoria, que facilitaron la aparición de nuevas iniciativas.

Los grupos históricamente consolidados para la defensa de la verdad, la memoria y la justicia, como el Tortura Nunca Más (organizado por provincias), o el Movimiento Justicia y Derechos Humanos, que trabaja por la memoria y la justicia, con especial énfasis en los actos de la Operación Cóndor, ganaron capacidad de acción por tener sus narrativas históricas del pasado de violaciones de derechos humanos reconocidas por el Estado brasileño en el contexto del proceso de reparación. Además, el proceso de reparación, al actuar como mecanismo de denuncia ante las violaciones cometidos durante el régimen de excepción, impulsó a las acciones de otros movimientos de militancia en materia de derechos humanos.

De hecho, las experiencias internacionales han demostrado que no es posible formular una “escala de beneficios” para establecer un orden respecto de qué acciones de justicia transicional se deben tomar en primer lugar, o sobre qué modelos se deben ajustar a la realidad de cada

país, pues existen diversas experiencias de combinaciones exitosas[30]. Por lo tanto, en los procesos de justicia transicional no podemos adoptar conceptos abstractos que definan a priori las medidas que deben ser implementadas por cada Estado para obtener mejores resultados. El diagnóstico de que el proceso de justicia transicional brasileño privilegió en su génesis la dimensión de reparación no es un demérito, sino solo un rasgo característico de este modelo de justicia transicional, necesariamente conectado con el contexto político práctico. Es a través del proceso de reparación que la sociedad organiza su movilización, de tal manera que dicha justicia "tardía" es vista así, como tardía, solo por los agentes que no ven el desarrollo histórico de la lucha de los perseguidos políticos. Es por eso que entendemos como absolutamente errónea la tesis de la reparación como "tapa boca"[31]. Lo que sucede es lo contrario: con la reparación se devuelve la voz a los perseguidos en un espacio capaz de tener suficiente resonancia para que sus otras demandas por verdad, justicia y memoria, puedan surgir.

Es un hecho que las medidas transicionales en Brasil se producen más lentamente que las de los países vecinos como Argentina y Chile, pero esto no va en contra de la pertinencia de la adopción de tales medidas en un clima político en el que ellas se vuelven políticamente posibles. En un proceso con las peculiaridades del brasileño —largo, lento, delicado, y truncado¾ no es realista la crítica de que el proceso de reparación sería una de las causas de la alienación social, ya que la

30 Conforme Ciurlizza, Javier. "Entrevista à Marcelo D. Torelly". *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*, n.° 01, en./jun. 2009, pp. 22-29.

31 Reducir el valor moral de la declaración de un amnistiado político a la simple dimensión económica es actualmente la estrategia más utilizada por los sectores inconformes con la existencia de una presunción de culpabilidad del Estado brasileño por sus errores en el pasado, tratando con este discurso de justificar, tomando ventaja de las asimetrías características del proceso de restauración economía brasileña, que la ley de amnistía no habría promovido nada más que un "tapa boca" a ciertos sectores sociales. El historiador Marco Antonio Villa defendió en una entrevista concedida a la revista Época que "distribuir dinero fue un bello 'tapa boca'. Mucha gente que podría ayudar a exigir la apertura de los archivos terminó con este 'tapa boca'".Corroborando la tesis defendida aquí, este mismo autor también afirma, en un artículo publicado en la *Folha* de S. Paulo, que "El régimen militar brasileño no fue una dictadura de veintiún años. No se puede llamar al período de 1964-1968 una dictadura (hasta el AI-5), con todo el movimiento político y cultural que existió. Menos aún al período comprendido entre 1979-1985, cuando la Ley de Amnistía y las elecciones para los gobernadores de las provincias fueron aprobadas en 1982". No es difícil, por lo tanto, identificar La existencia de una posición ideológica clara en la toma de estas posiciones. Véase Villa, Marco Antônio. Entrevista concedida a la revista *Época.* Sao Paulo, 26 de mayo de 2008.

sociedad siguió renovándose y adoptando nuevas medidas para mejorar la democracia por medio de sucesivas acciones innovadoras. Lo que en realidad no es razonable esperar es que en un país donde se tardó casi diez años para completar un primer ciclo de liberalización política (1979-1988), se pueda promover, a paso veloz, medidas con la misma dimensión que las realizadas en países como Argentina, donde el régimen militar se desplomó tras una derrota en una guerra externa, o como en Chile, donde el “caso Pinochet” actuó como mecanismo externo para la activación de las estructuras internas de ajuste de cuentas con el pasado.

Es importante recordar que todo el proceso de transición en Brasil fue fuertemente controlado, de manera que solo las dimensiones en las que el propio régimen fue menos eficiente para desarrollar su guión pudieron prosperar, como fue el caso del programa de reparaciones previstos en la Constitución, pero completamente diseñado en los Gobiernos democráticos de Fernando Henrique Cardoso y Luiz Inácio Lula da Silva.

Así se puede identificar al menos tres ventajas en el proceso de transición en Brasil, desde la piedra angular de la reparación:

- Se tiene como principal ventaja el hecho de que el trabajo de las Comisiones de Reparación ha tenido un impacto positivo en la búsqueda de la verdad, revelando historias y profundizando la conciencia de la necesidad de que todas las violaciones se conozcan, y promoviendo y colaborando, por lo tanto, con el derecho a la verdad. Las comisiones no solo tienen acceso a un gran número de archivos de la época sino, y sobre todo, producen nuevos archivos. Solo la Comisión de Amnistía del Ministerio de Justicia tiene en sus colecciones casi 70.000 archivos que contrastan documentos oficiales con la narrativa de los perseguidos, ya sea a través de las peticiones por escrito, ya sea a través del informe oral, grabado en el audio de cientos de sesiones en todas las regiones del país.
- Los actos oficiales de reconocimiento por el Estado de violaciones graves de los derechos humanos generados por estas Comisiones de Reparación, sumados a la instrucción probatoria que los sustenta, han servido de fundamento fáctico para las iniciativas judiciales en el plan interno del Ministerio Público Federal, incentivando de esta forma el derecho a la justicia en un contexto donde las evidencias de la gran mayoría de

los crímenes ya fueron destruidas. Sin embargo, al reconocer los hechos históricos alegados por las familias de los muertos y desaparecidos y por los perseguidos políticos en general, las comisiones tornan legítima la actuación de la sociedad civil, colocando la acción del Estado a servicio de la ciudadanía, y no del poder.

– Por último, el proceso de reparación está haciendo una importante contribución a una mejora sostenible en las políticas de memoria en un país que tiene una tradición de olvido, sea por la edición de obras fundamentales, tales como el libro-informe *Direito à Memória e à Verdade*, que consolida oficialmente el reconocimiento de la práctica de crímenes de Estado, o mediante acciones como las Caravanas de Amnistía o el Memorial de la Amnistía y el proyecto Marcas de la Memoria, que también funcionan como políticas de reparación individual y colectiva, y tienen una dimensión bien definida de formación de la memoria.

Además de la mencionada dimensión de revelación histórica encarnada en el acceso a los documentos, el registro de los testimonios de los perseguidos políticos y los debates públicos celebrados sobre este tema han ocasionado una nueva reflexión sobre el período. Este proceso ha sido uno de los más eficaces para revertir la semántica de la dictadura, y, además, expone de forma transparente la práctica de la arbitrariedad, lo que permite que haya un re-posicionamiento de la sociedad ante su propia historia —y no una re-escritura de la historia, como quieren algunos.

Ciertamente, el proceso de rendición de cuentas de Brasil continuará en los próximos años, especialmente teniendo en cuenta la necesidad de cumplir con el reciente fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Gomes Lund y otros vs. Brasil*, y el reciente avance en el debate sobre el establecimiento de una Comisión de la Verdad. Se espera para el futuro, por esto, que las medidas de memoria y verdad, y tal vez de justicia, ocupen un espacio social más amplio que el generado por la movilización social en torno al tema de la amnistía y reparación, concluyendo así un movimiento ya en marcha, donde la noción de la "amnistía" se incorpore a la de "reparación" para convertirse después en "reparación, memoria y verdad", en la esperanza de un futuro con "reparación, verdad, memoria y justicia".

REPARACIONES Y DESARROLLO: UNA RELACIÓN COMPLEMENTARIA*

Naomi Roht-Arriaza & Katharine Orlovsky

> Me detuvieron cuatro meses y dos semanas en Puerto Barrios. Todos mis cultivos, mi maíz, mi arroz desaparecieron, hasta se comieron mi vaca. Yo sufría y mis hijos sufrían, terminamos en absoluta pobreza. Todo fue muy doloroso y todo por el conflicto que pasamos, tuvimos que escapar y empezar todo de nuevo, salvo que esta vez sentíamos miedo siempre[1].

Las voces de las víctimas nos recuerdan lo que se perdió durante los períodos de violaciones masivas de los derechos humanos. Cuando tales violaciones se cometen, el derecho internacional reconoce un derecho de reparación que, en sus componentes materiales, puede proveer bienes tangibles o servicios a las víctimas y sobrevivientes. Como tales, las reparaciones pueden coincidir parcialmente con los planes y programas para mejorar, de manera general, las condiciones materiales de vida de la población. Ese proceso general, a menudo resumido en el término “desarrollo”, tiene una expresión concreta en el financiamiento, planificación e implementación de programas de cooperación para el desarrollo. Sin embargo, las reparaciones y el desarrollo son generalmente conceptualizados y abordados independientemente. Las reparaciones

* Artículo publicado originalmente en Roht-Arriaza, Naomi; Orlovsky, Katharine. “A Complementary Relationship: Reparations and Development”. *Transitional Justice and Development: Making Connections*, Pablo de Greiff y Roger Duthie (Eds.), Nueva York, Social Science Research Council and International Center for Transitional Justice, 2009. © 2009 Social Science Research Council. Traducido y publicado con permiso.

1 Testimonio de un sobreviviente k’ekchi (Guatemala), en Carlos E. Paredes, *Te llevaste mis palabras: efectos psicosociales de la violencia política en comunidades k’ekchi’es* (Guatemala: Equipo de Estudios Comunitarios y Acción Psicosocial (ECAP), 2006), 195.

a las personas han sido, en gran medida, competencia de los tribunales de derechos humanos, de las comisiones de reclamos y de programas administrativos, y los que abogan por este asunto están concentrados en las organizaciones de derechos humanos y de justicia transicional. La cooperación para el desarrollo —un campo mucho más amplio— abarca el trabajo de instituciones internacionales de desarrollo, agencias financieras, instituciones financieras, y una constelación de organizaciones no gubernamentales (ONG) orientadas al desarrollo, así como especialistas.

Este artículo trata de los vínculos específicos que pueden existir entre reparación y desarrollo en un contexto post conflicto armado o luego de una transición política[2]. Las demandas por reparaciones —tal como se definen abajo— tienen cada vez más prevalencia en las negociaciones post conflicto, y ante esto, los Gobiernos, comisiones de la verdad u otras entidades han respondido proponiendo programas administrativos de reparación. Nos enfocaremos en estos programas, más que en reparaciones hechas por orden judicial u ordenadas por comisiones de reclamos.

El derecho jurídico de la víctima a obtener una reparación por haber sufrido daños serios está expresado en los *Principios básicos del derecho a interponer recursos y obtener reparaciones para las víctimas de graves violaciones del derecho internacional de los derechos humanos y violaciones serias del derecho internacional humanitario* de las Naciones

2 Reconocemos desde ya que tanto la reparación como el desarrollo pueden ocurrir en otros contextos. Por ejemplo, se ha otorgado reparaciones a ciertos grupos en espacios donde no hay conflicto en Estados Unidos y Canadá. La reparación y el desarrollo pueden coincidir en una intersección en tales casos también dado que esos grupos —como poblaciones indígenas o grupos de inmigrantes— pueden estar relativamente en desventaja económica en el contexto de un país más desarrollado. Las reparaciones pueden ser dictaminadas por la corte o pueden ser parte de un plan administrativo; aquí nos enfocaremos en este último aspecto. En aras de la simplicidad, este artículo no discutirá esos temas sino que se ocupará en detalle de un conjunto más pequeño de cuestiones. Por otro lado, reconocemos desde el inicio las deficiencias que tienen etiquetas como “post conflicto armado” y “transicional”. Las usamos como una forma abreviada para definir dónde ocurrieron violaciones masivas del derecho humanitario o graves violaciones de los derechos humanos en el pasado reciente, con un enfoque particular en los casos donde ha habido un gran número de víctimas y, después, un cambio de régimen o una finalización negociada del conflicto. También reconocemos que puede haber diferencias significativas entre situaciones de “post conflicto” y de “post dictadura”, lo cual será abordado en la tercera sección. Finalmente, es importante reconocer desde un principio que la mayoría de los programas de reparaciones a gran escala, especialmente después de conflictos armados, están aún en una etapa incipiente, y por ello, las descripciones deben basarse mayormente en planes y propuestas; cualquier evaluación de su eficacia sería prematura.

Unidas, 2005[3]. De acuerdo con los principios básicos, la víctima de dichas violaciones tiene el derecho a: (1) un acceso efectivo y equitativo a la justicia; (2) una rápida, adecuada y efectiva reparación por el daño sufrido; y (3) acceso a información relevante relacionada con violaciones y mecanismos de reparación. Tal reparación "debe ser proporcional a la gravedad de las violaciones y al daño sufrido"[4], y puede tomar la forma de una restitución, compensación, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición[5]. El derecho a una remediación o reparación se expresa también en los instrumentos básicos de derechos humanos, convenciones especializadas, instrumentos no vinculantes y en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (CPI)[6].

Reparación no es lo mismo que reconstrucción ni que ayuda a las víctimas, aunque ambas están bastante relacionadas. La reconstrucción generalmente se refiere a una recomposición física y económica luego de un conflicto armado u otro desastre. La ayuda a las víctimas se focaliza en satisfacer sus necesidades inmediatas (médicas, psicológicas, económicas, legales). Las reparaciones se distinguen de ambas, primero por sus raíces como un derecho jurídico basado en la obligación de reparar un daño, y segundo por un elemento de reconocimiento del delito, además del daño, desagravio o cumplimiento. Las reparaciones son, por tanto, una categoría limitada de respuesta al daño y se refieren generalmente a violaciones de derechos civiles y políticos esenciales, tales como masacres o desapariciones, en lugar de temas más amplios de exclusión social o negación de derechos económicos, sociales o culturales[7]. Las reparaciones,

3 United Nations, *UN Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law* (en adelante, *Basic Principles*), a/res/60/147, 21 de marzo de 2006, vii, 11. Un examen exhaustivo de los Principios Básicos y otras fuentes del derecho a las reparaciones en el derecho internacional se encuentra en Dinah Shelton, "The United Nations Principles and Guidelines on Reparations: Context and Contents", en *Out of the Ashes: Reparations for Victims of Gross and Systematic Human Rights Violations*, K. De Feyter, S. Parmentier, M. Bossuyt, y P. Lemmens, Eds. (Antwerpen-Oxford: Intersentia, 2005).

4 *Basic Principles*, ix, 15.

5 *Ib*., ix, 19-23.

6 Véase Naomi Roht-Arriaza, "Reparations Decisions and Dilemmas", *Hastings International and Comparative Law Review* 27, n.° 2 (2004): 160-65.

7 Con esto no se quiere decir que las reparaciones por violaciones de derechos económicos, sociales y culturales no sean posibles sino, simplemente, que a la fecha ningún programa presentado bajo título de reparación ha intentado atender a tales violaciones cuando no ha habido la concurrencia de violaciones de derechos civiles y políticos básicos.

por su carácter de respuesta a daños específicos, tienen también un enorme componente simbólico, lo cual implica que la manera como se llevan a cabo es tan importante o más importante que el resultado material.

Las reparaciones pueden concederse también de acuerdo con diferentes metodologías. Las reparaciones hechas por orden judicial suponen por lo general consideraciones individualizadas de perjuicios a cada demandante basada en la idea de *restitutio in integrum* —esto es, devolver al individuo a la posición en la que hubiera estado de no haber ocurrido la violación—. Los esquemas administrativos tienden a operar proporcionando una suma uniforme a todas las víctimas o por medio de una lista de montos diferenciados por cada violación, y no intentan definir o reparar el monto total de las pérdidas.

El desarrollo tiene también múltiples definiciones y elementos constitutivos. Tal como se discute más abajo, adoptamos la visión amplia de desarrollo propugnada por Amartya Sen y otros teóricos: más que un proceso de crecimiento económico definido en sentido estricto (ya sea medido por el producto bruto interno (PBI), la inversión extranjera directa (IED) u otros indicadores), el desarrollo, en cambio, implica crear las condiciones para que todas las personas alcancen su gama más completa de capacidades[8]. Es gracias a un enfoque de desarrollo centrado en las capacidades y que vaya desde las bases que se puede lograr una conexión más fuerte con la justicia transicional, en el ámbito general, y con los programas de reparaciones, en particular.

Obviamente, hay tensión entre los programas de reparaciones y una agenda más amplia del desarrollo. Como si fuera poco, los presupuestos son limitados y la competencia por los recursos es particularmente enconada en un contexto post conflicto armado o post dictadura, donde la economía y la infraestructura pueden estar dañadas o destruidas y la delincuencia común puede surgir. La estabilidad fiscal y la necesidad de crear un clima favorable a la inversión pueden entrar en conflicto con el gasto social adicional y con la necesidad de fondos gubernamentales adicionales que un programa de reparación exige. En una serie de ejemplos recientes, Gobiernos nacionales, organizaciones internacionales, tribunales e inclusive grupos de víctimas han abogado por que las reparaciones tomen la forma de proyectos específicos de desarrollo tales como (re) construir estructuras comunitarias o proveer de escuelas o clínicas de

8 Amartya Sen, *Development as Freedom* (Nueva York: Knopf, 1999).

salud. Estos proyectos de "reparación como desarrollo" activan serios cuestionamientos respecto de si tales iniciativas puedan violar el "carácter" esencial de las reparaciones —esto es, un acto realizado como desagravio por los daños del pasado y que sea así percibido por los individuos de la comunidad—. La Declaración de Nairobi del 2007 sobre el derecho de las mujeres y las niñas a interponer recursos y obtener reparaciones ha ido más allá al afirmar que "los Gobiernos no deben realizar proyectos de desarrollo en lugar de otorgar reparaciones"[9].

Al mismo tiempo, hay potenciales sinergias entre las reparaciones y el desarrollo. Las reparaciones, desde la perspectiva individual de la víctima, pueden ser un paso adelante necesario para crear un sentido de reconocimiento como ciudadano con iguales derechos y fomentar un nivel determinado de confianza cívica en el Gobierno. Estas son, a su vez, precondiciones para una (re)emergencia de las víctimas y sobrevivientes como actores con iniciativa, motivación y confianza en un futuro que conduzca a una actividad económica sostenible. Mientras que todos los indicadores de la justicia transicional comparten estos objetivos, las reparaciones constituyen su expresión más concreta, tangible y, hasta cierto punto, personalizada. Los pagos por reparación, al menos si se toma como guía a los programas administrativos pasados y actuales, nunca serán lo suficientemente grandes para impactar en un nivel macroeconómico. Sin embargo, los pagos por reparación pueden tener efectos positivos en reacomodar las relaciones de poder dentro de las familias y en las comunidades locales (aunque se debe tomar en cuenta que también pueden plantear peligros de conflicto y fragmentación en estos contextos). Inclusive montos pequeños, bajo determinadas condiciones, pueden desatar la energía y creatividad de sectores previamente marginalizados (especialmente mujeres y pueblos indígenas). Las reparaciones en forma de servicios pueden mejorar la salud, educación y otros indicadores de bienestar que son esenciales para el desarrollo en modos que los programas "normales" para la prestación de estos servicios pasan por alto, pues no están familiarizados con el potencial específico y las necesidades de los sobrevivientes, incluyendo la necesidad de que se les reconozcan daños particulares.

Por otro lado, las reparaciones individuales y colectivas pueden tener efectos expansivos hacia otros aspectos del desarrollo. Estos

9 The Nairobi Declaration on Women's and Girls' Right to a Remedy and Reparation, marzo de 2007, secc. 3(b).

incluyen vínculos a otros temas tales como registro civil y titulación, reforzamiento potencial de la habilidad del Estado para ser un eficiente proveedor de servicios y la habilidad de la sociedad civil y grupos empresariales para interactuar con el Estado (a través de adquisiciones y de otras formas) de un modo "normal". Las interacciones con el Estado en torno a las reparaciones, de ser positivas, pueden darle más conciencia a la población como ciudadanos con derechos, lo que puede llevar a exigir acceso a la justicia y un Gobierno efectivo (y transparente).

Así como las reparaciones pueden impactar en el desarrollo, no obstante, el desarrollo puede también contribuir a una mejor habilidad para proporcionar reparaciones efectivas. En el nivel más básico, un país extremadamente pobre con pocos recursos de infraestructura gubernamental en la mira enfrentará dificultades mayores en financiar y repartir reparaciones que uno más rico y organizado. La falta de una presencia del Estado en el interior de un país que sale de un conflicto hará difícil la tarea de organizar la dotación de reparaciones o, más aún, saber qué quieren y necesitan los beneficiarios potenciales de un programa de reparación. En particular, muchas reparaciones, especialmente los servicios en especie, requieren de un sistema de distribución. En cuanto estos servicios puedan ser canalizados a través de sistemas de pensiones, de educación o de salud ya existentes, es más probable que se puedan proveer diligentemente. Por otro lado, los esfuerzos por el desarrollo enfocados en la lucha anticorrupción, en la reforma administrativa pública e incluso en la reforma del sector de seguridad, podrían hacer al Estado más efectivo en la distribución de reparaciones. Esto tiene implicancias en el plazo de entrega de las reparaciones: puede tomar tiempo desarrollar la infraestructura física, financiera y humana requerida para asegurar que se dé un programa de reparación adecuado. Sin que sea de ninguna manera un argumento para demorar la distribución de reparaciones, esto puede llevar a reconocer que los beneficios de las reparaciones pueden ser devengados en parte hacia las víctimas iniciales y sobrevivientes de las violaciones y en parte pueden serlo de manera intergeneracional.

La segunda sección de este artículo examina una definición más amplia de desarrollo, así como la interacción entre algunas aproximaciones al desarrollo, la exclusión social y las reparaciones. La tercera sección se enfoca en el impacto de los programas de reparaciones en el Estado y en las limitaciones del Estado que impactan en la entrega de las reparaciones. La cuarta sección expone algunas de las cuestiones particulares planteadas por las reparaciones colectivas y las reparaciones

individuales, respectivamente. En la quinta sección, pasamos a los sistemas de entrega y al destino de las reparaciones. La sexta sección echa una mirada a las reparaciones y a la comunidad internacional de cooperación para el desarrollo. Finalmente, en la última sección, presentamos las conclusiones.

1. Concepciones del desarrollo y su convergencia con las reparaciones

Utilizamos una concepción amplia de desarrollo, definiéndolo como un proceso que incrementa la prosperidad de una sociedad, aumenta el bienestar de los ciudadanos y construye una infraestructura e instituciones productivas, civiles y políticas necesarias para asegurar a sus miembros una vida lo más plena posible o, por lo menos, con un nivel mínimo de ingreso o de sustento para una vida digna. La visión clásica del desarrollo económico es mucho más estrecha y se enfoca en indicadores de crecimiento económico tales como el PBI *per cápita* o el volumen de inversión. De entrada, reconocemos que hasta los proyectos de reparación más ambiciosos tienen efectos inciertos y probablemente mínimos como contribución al crecimiento del PBI —el monto de dinero en esto es simplemente muy pequeño—. No es posible, entonces, rastrear un impacto macroeconómico en tales programas.

Las teorías del desarrollo han pasado por una serie de evoluciones, desde la supuesta idea en los cincuenta de que todas las economías pasaban por "etapas", al enfoque en los setenta sobre las necesidades básicas, y a un giro en los ochenta hacia un enfoque marcadamente macroeconómico. Durante los ochenta y principios de los noventa, el Consenso de Washington sostuvo que el crecimiento —y, por tanto, el desarrollo— consistía en la función de abrir economías, vender activos del Estado y reducir el sector público. El resultado en muchos países fue una contracción de la actividad económica y reducciones en servicios tales como salud pública y educación, que podrían coincidir en parte con los esfuerzos de muchos programas de reparaciones. En la actual era post Consenso, incluso las instituciones financieras internacionales (IFI) y agencias financiadoras se pronuncian de la boca para afuera en favor de la necesidad de más servicios públicos en estas áreas y una atención directa en la reducción de la pobreza (en lugar de considerarlos como una consecuencia del crecimiento). Los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM), aprobados por los Gobiernos en el 2000, son la expresión más

conocida de los objetivos de política establecidos para reducir la pobreza y mejorar el bienestar[10].

En contraste con las antiguas teorías centradas en las exportaciones, una nueva línea de pensamiento sobre el desarrollo económico destaca la importancia del desarrollo endógeno o desarrollo local. El desarrollo local no excluye la inversión extranjera o el comercio exterior, más bien se concentra en crear un crecimiento económico sostenido a través del fortalecimiento de los mercados regionales y locales. Pone énfasis en la educación (desarrollo de capital humano), en la formación profesional y en la creación innovadora de nichos de mercados que permitan prosperar incluso a países pequeños, pobres en capital y con pocos recursos. Esta postura lleva a resaltar las soluciones nativas, la educación y la salud y no es hostil al uso de normas que fomenten la innovación y los lazos entre el mercado interno y el mercado global[11]. Esto coincide con las teorías de control local y de desarrollo económico desde abajo, las cuales están ganando cada vez más adeptos, especialmente a la luz de la percepción de fracaso del modelo neoliberal de los ochenta y principios de los noventa. En casi cualquier país en vías de desarrollo, pobre y del hemisferio sur, miles de proyectos comunitarios de desarrollo, financiados con recursos locales o procedentes de las ONG, ahora existen junto con, y a veces en lugar de, los esfuerzos centralizados del Gobierno. Una expresión de este enfoque desde abajo, aunque no necesariamente el único, es el pujante movimiento de microfinanzas y microcréditos[12].

10 Los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM) se desarrollaron a partir de los ocho capítulos de la Declaración del Milenio de las Naciones Unidas firmada en septiembre de 2000. Las ocho metas eran: erradicar la extrema pobreza y el hambre, lograr una educación primaria universal, promover la igualdad de género y la autonomía de la mujer, reducir la mortalidad infantil, mejorar la salud materna, combatir el HIV/SIDA, la malaria y otras enfermedades, garantizar la sostenibilidad medioambiental, y fomentar una alianza mundial para el desarrollo. En general, las metas están fijadas para el 2015.

11 Véase, por ejemplo, Paul Romer, “Endogenous Technological Change”, *Journal of Political Economy* 98, n.° 5 (octubre de 1990): 71-102; y, de modo más general, William Easterly, *The White Man’s Burden: Why the West’s Efforts to Aid the Rest Have Done So Much Ill and So Little Good* (Nueva York: Penguin Press, 2006).

12 Véase, por ejemplo, International Monetary Fund, “Microfinance: A View from the Fund”, 25 de enero de 2005, 2, www.imf.org/external/np/pp/eng/2005/012505.pdf; y Thomas Dichter, “Hype and Hope: The Worrisome State of the Microcredit Movement”, Microfinance Gateway, www.microfinancegateway.org/content/article/detail/31747. Varios países de América Latina, incluyendo Brasil, Ecuador y Bolivia, han experimentado con estrategias de desarrollo económico basadas en lo “glocal” —esto es, una articulación de mercados y producción partiendo del contexto local y creando vínculos hacia arriba—. Véase, por ejemplo, Alberto Acosta, *Desarrollo glocal* (Quito: Corporación Editora Nacional, 2005).

En los noventa, junto con la preocupación de abrir las economías, apareció una nueva postura sobre "gobernanza" que con el tiempo ha acercado los intereses y técnicas de la justicia transicional a los expertos en desarrollo. Luego de años de centrarse en los mercados como los únicos conductores hacia el crecimiento, las IFI y los Gobiernos financiadores se dieron cuenta de que los mercados no podían operar apropiadamente sin un conjunto primordial de normas proporcionadas por el Estado. Pusieron su atención en reforzar algunos aspectos relativos al desempeño del Estado, incluyendo la reforma del sistema jurídico y judicial, la lucha anticorrupción y el vínculo entre el apoyo externo y la "buena gobernanza"[13]. En particular, las agencias de ayuda y los organismos de crédito se concentraron en una gran cantidad de recursos sobre programación del "Estado de derecho" con el objeto de modernizar los códigos y tribunales para facilitar la actividad económica. Junto con estos esfuerzos, los cuales han tenido definitivamente resultados mixtos, otros programas apuntaron a mejorar el acceso de la población a la justicia, especialmente de quienes nunca habían visto a los tribunales como defensores útiles de sus derechos. Este enfoque en el sector justicia ha suscitado también una mayor sensibilidad entre los especialistas en temas de desarrollo hacia las necesidades y características particulares de sociedades post conflicto y a una renovada postura sobre la capacidad del Estado de llevar a cabo cualquiera de las metas asignadas a él, ya sea que estas tengan que ver con desarrollo o con justicia. Al mismo tiempo, aquellos que criticaban el énfasis puesto en el Estado de derecho han señalado que la mejora de las instituciones del Estado no puede garantizar por si sola que la gente pobre pueda hacer realmente uso de tales instituciones o que las vean como pertinentes o justas.

La convergencia de las recientes reflexiones sobre desarrollo con paradigmas vinculados a la transformación del conflicto, seguridad humana e iniciativas de desarrollo basadas en derechos implica que los intereses y opiniones de aquellos comprometidos en la tarea de desarrollo y, de los que se concentran en las reparaciones, son paralelos en muchos modos. Los especialistas en transformación de conflictos empiezan

> con un objetivo central: erigir un cambio constructivo a partir de la energía creada por el conflicto. Concentrando esta energía en las relaciones subyacentes y en las estructuras sociales, pueden suscitarse cambios

13 Véase, por ejemplo, la Cuenta del Desafío del Milenio.

> productivos (…) ¿Cómo manejamos el conflicto de modo que se reduzca la violencia y se incremente el nivel de justicia en las relaciones humanas? *Con el fin de reducir la violencia* hay que abordar tanto los problemas obvios como el contenido de cualquier desavenencia, además de sus patrones y causas subyacentes. *Con el fin de incrementar el nivel de justicia*, debemos garantizar a la población un acceso más inmediato para sus gestiones y más voz en las decisiones que afectan sus vidas[14].

De ese modo, para los especialistas en transformación de conflictos, hacer frente a las secuelas de un conflicto de manera que se incremente el nivel de justicia y se permita a la población afectada tener voz en la toma de decisiones converge con los intereses de aquellos involucrados en los programas de reparaciones.

Otro conjunto convergente de intereses incluye el cambio que realizan los que se ocupan del tema de seguridad al pasar desde la seguridad militar a una visión más amplia de la seguridad humana. Como parte de este cambio de visión desde una seguridad centrada en el Estado a una “centrada en lo humano”, la seguridad humana “se ocupa de la capacidad de detectar amenazas, evitarlas cuando sea posible y de minimizar sus efectos cuando estos se producen. Significa ayudar a las víctimas a sobrellevar las consecuencias de una inseguridad diseminada como resultado de un conflicto armado, de violaciones de los derechos humanos y un subdesarrollo generalizado”[15]. Aquí también, dar atención a la seguridad humana encaja con los esfuerzos de reparar dichas consecuencias.

Por último, pero no por ello menos importante, la visión de los especialistas en desarrollo y la de aquellos que se ocupan de las reparaciones coinciden en propuestas de desarrollo basadas en el tema de derechos. Como una publicación del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) lo dice:

> Los derechos humanos añaden valor a la agenda para el desarrollo al llamar la atención sobre la responsabilidad

14 John Paul Lederach y Michelle Maiese, “Conflict Transformation”, octubre de 2003, www.beyondintractability.org/essay/transformation.

15 Shahrbanou Tadjbakhsh, “Human Security: Concepts and Implications with an Application to Post-Intervention Challenges en Afghanistan”, Centre d’Études et de Recherches Internationals, n.° 117-118, septiembre de 2005, www.ceri-sciencespo.com/publica/etude/etude117_118.pdf.

> de respetar, proteger, promover y cumplir con todos los derechos humanos de todas las personas. La clave para una mejor eficacia y transparencia en la acción es poner mayor atención a la responsabilidad (…) Otro valor importante que conlleva la aplicación de un método basado en los derechos humanos es dar más importancia a los más marginados y excluidos de la sociedad, ya que sus derechos humanos son los más extensamente negados o incumplidos (ya sea en la esfera social, económica, política, civil o cultural y, con frecuencia, en la combinación de estas). Una postura basada en los derechos humanos llevará, a la larga, a intervenciones estratégicas mejor analizadas y más enfocadas al proveer las bases normativas para abordar los temas fundamentales de desarrollo[16].

Todas estas visiones han acercado más los intereses, objetivos y metodologías de quienes trabajan en el campo del desarrollo a los especialistas en derechos humanos o en justicia transicional que se dedican a programas de reparaciones. Un punto principal de convergencia es el interés en el proceso: la manera en que se llevan a cabo los programas y proyectos es tan importante como lo que se hace. El problema de la exclusión social y el potencial de los programas de reparaciones para combatirla son centrales para el desarrollo y la programación de dichas reparaciones.

2. Desarrollo, reparaciones e integración social

Desde el inicio de los ochenta, y más aún hoy en día, economistas especializados en temas de desarrollo, expertos académicos, las IFI[17],

16 UNDP, "A Human Rights-Based Approach to Development Programming in UNDP — Adding the Missing Link," Ginebra, agosto 2001, www.undp.org/governance/docs/hr_Pub_Missinglink.pdf.

17 La IFI más importante para propósitos de esta discusión es el Grupo del Banco Mundial, dividido en una rama comercial, la Corporación Financiera Internacional (CFI), que realiza préstamos con tasas del mercado y la Asociación Internacional de Desarrollo (AID), que realiza préstamos con tasas inferiores al mercado a países muy pobres para proyectos y apoyo al presupuesto gubernamental. Los bancos regionales, tales como el Banco Interamericano y el Banco Asiático de Desarrollo, también otorgan financiación de proyectos. En contraste, el Fondo Monetario Internacional (FMI) no otorga financiación de proyectos sino que sirve como prestamista de último recurso en casos de desequilibrio monetario o comercial. El FMI pone condiciones a sus préstamos, las que son imitadas por el Banco Mundial y por prestamistas

las agencias de ayuda nacionales e internacionales y los Gobiernos, reconocen que el crecimiento y otros indicadores macroeconómicos, por sí solos, no captan muchos de los aspectos esenciales de un proceso de desarrollo. Desde los noventa, el índice de desarrollo humano del PNUD ha clasificado a los países según indicadores tales como morbilidad y mortalidad infantil, nivel de educación y derechos de las mujeres, así como según el crecimiento del PBI. En esa misma línea, los especialistas en desarrollo centran su atención ahora tanto en el nivel micro como en el macro y esperan que las intervenciones a nivel de pueblos y de procesos comunitarios sean componentes importantes del éxito del desarrollo. El desarrollo está cada vez más concebido no como una meta o fin, sino como un proceso continuo, en el que el liderazgo, la autoorganización y el *empoderamiento* de quienes están en la base de la pirámide económica son al mismo tiempo el medio para lograr el éxito y la meta misma.

Existe un amplio acuerdo en que la exclusión social de grandes sectores de la población, combinada con otros factores, entre ellos la geografía, el conflicto y la “gobernanza”, es una variable crucial para determinar los niveles de desarrollo[18]. De hecho, la investigación reciente explora el vínculo entre la integración social y el desarrollo económico. Por ejemplo, Kaushik Basu encuentra que “una vez que un grupo de personas queda fuera del sistema o se lo trata como marginal, luego de un período de tiempo, se desarrollan fuerzas que consolidan su marginación. El grupo aprende a no participar en la sociedad y otros aprenden a excluir a los miembros de este grupo, y la inequidad participatoria se vuelve parte del ‘equilibrio’ económico y social”. Por tanto, los grupos marginados (ya sea por raza, por clase o por estatus de víctima) tienden a permanecer marginados e impedidos de salir de la pobreza debido a que las personas evalúan la confiabilidad y la probabilidad de éxito que otros puedan tener en un esfuerzo económico basándose en parte en las características que definen la identidad del individuo. La solución, de acuerdo con Basu, reside

comerciales y estatales, con el propósito de que sea muy difícil para los Estados desafiar sus prescripciones para pedir préstamos. Esto está empezando a cambiar muy lentamente con la aparición de países como Venezuela y China, dispuestos a prestar bajo condiciones diferentes, pero aquello aún es la norma. Véase James M. Cypher y James L. Dietz, *The Process of Economic Development*, 2.ª ed. (Londres: Taylor and Francis, 2004), cap. 17.

18 Véase, por ejemplo, Jeffrey Sachs, *The End of Poverty* (Nueva York: Penguin Press, 2005); para el reporte del Banco Mundial sobre las causas y mediciones de la pobreza, véase web.worldbank.org/wbsite/external/topics/extpoverty/0,,contentMDK:20153855~menuPK:373757~pag ePK:148956~piPK:216618~theSitePK:336992,00.html.

en promover un sentido de "equidad participatoria", de modo que los marginados pertenezcan a su sociedad y tengan derechos como los demás[19].

En términos similares, el PNUD reconoce la importancia de la integración social, de la participación y de la responsabilidad en el proceso general del desarrollo:

> [L]a participación no es simplemente algo deseable desde el punto de vista de la propiedad y de la sostenibilidad, sino más bien un derecho con profundas consecuencias para el diseño y la implementación de actividades de desarrollo. Tiene que ver también con el acceso a la toma de decisiones y con el ejercicio del poder en general. (…) Los principios de participación y de inclusión suponen que todas las personas tienen derecho a participar de la sociedad hasta el máximo de su potencial. Esto, a su vez, requiere que se provea a las personas de un entorno de apoyo que les permita desarrollarse y expresar su potencial y creatividad plenamente[20].

Es esta visión del desarrollo, especialmente en lo que se refiere a las condiciones de vida y oportunidades de los sectores marginados o excluidos, la que claramente se superpone con las reparaciones.

Los programas de reparaciones ofrecen una oportunidad para instaurar confianza, específicamente creando conciencia de que los sobrevivientes son titulares de derechos. Las metas de los programas de reparaciones, en especial de los programas administrativos, no contemplan por lo general el hacer regresar a los beneficiarios a la condición previa a la violación —incluso cuando esto fuera posible—. Más bien, incluyen el reconocimiento de que un daño necesita ser remediado expresando solidaridad social y (re)creando la confianza cívica[21]. Lo que distingue una reparación de una ayuda es el contenido moral y político de la primera, la cual postula que las víctimas tienen derecho a las reparaciones porque sus derechos han sido violados por

19 Kaushik Basu, "Participatory Equity, Identity, and Productivity: Policy Implications for Promoting Development", Center for Analytic Economics (CAE), Documento de trabajo n.° 06-06, Cornell University, mayo de 2006.

20 UNDP, "A Human Rights-Based Approach to Development Programming", 7.

21 Pablo de Greiff, "Justice and Reparations", en *The Handbook of Reparations* (en adelante, *The Handbook*), Pablo de Greiff, Ed. (Oxford: Oxford University Press, 2006).

el Estado (por medio de actos o de omisiones). Así, aquellos que reciben reparaciones son, por definición, titulares de derechos con una acreencia frente al Estado. Una vez que sectores de la población empiezan a verse a sí mismos como titulares de derechos más que como receptores pasivos de cualquier clase de beneficio que el Gobierno decida dar, el efecto de demostración puede ser significativo. Los titulares pueden demandar sus derechos y es más probable que busquen también maneras de hacerlo en contextos ajenos a las reparaciones. De esa manera, las reparaciones pueden servir como un punto de partida para los esfuerzos de inclusión social que son la clave para el desarrollo.

3. Las reparaciones y el Estado

Las reparaciones se distinguen de las otras medidas de justicia transicional por requerir el desempeño adecuado de una amplia variedad de entidades del Gobierno. A diferencia de las comisiones de la verdad, que son establecidas de manera *ad hoc*, o de los juicios, que involucran tribunales especiales o, a lo sumo, a la policía y al Ministerio de Justicia, un programa de reparaciones complejo requiere del aporte y la participación de numerosos ministerios del Gobierno, entre ellos, Salud, Educación, Agricultura, Vivienda, Planificación y Economía. También pueden participar organismos a nivel nacional, regional/provincial y local. Cuanto más “integrado” es un programa de reparación —es decir, cuando es complejo o combina diferentes tipos de beneficios—, mayor es el rol que deben cumplir los múltiples órganos del Estado. Por lo menos, debe haber ministerios y una estructura administrativa, ya que los fondos no solo deben recaudarse sino también desembolsarse. Esta amplia participación del Gobierno, necesaria para implementar un programa de reparación, es una fuente de tensiones y, potencialmente, de sinergias en un desarrollo a largo plazo.

Los Estados post conflicto armado son, por lo general, débiles y, en muchos casos, la debilidad del Estado, particularmente del Estado central, fue un factor que contribuyó al conflicto. Los sistemas administrativos —fuera del sector interno de seguridad— son, por lo general, ineficientes, engorrosos, corruptos y están concentrados en la capital. En países que salen de una dictadura, el Estado puede que no sea débil *per se*, pero sus instituciones y sus funciones se han inclinado hacia la seguridad interna y en beneficio de quienes están en el poder, excluyendo a la mayoría. En ambos casos, los servicios del Estado raras veces alcanzan a grandes sectores de la población y aquellos que sí lo hacen son de baja calidad

y están enmarañados por sistemas de patronazgo y de corrupción. Los médicos y profesores han abandonado muchas veces los puestos rurales, las medicinas no llegan a los centros de salud y los pobres, especialmente la población indígena, las minorías étnicas y las mujeres, son tratados con desdén y desprecio. El acceso a cualquier clase de beneficio de parte del Gobierno exige con frecuencia varios viajes a la capital, una serie de firmas, sellos, pagos adicionales y grandes demoras.

Estos son el sistema y las pautas deformadas de desarrollo que enfrentan los Gobiernos que diseñan e implementan programas de reparaciones, y demoran mucho en cambiar. Una de las más grandes barreras a los programas, tanto en Perú como en Guatemala, por ejemplo, ha sido la necesidad de canalizar una estrategia de justicia transicional a través de estructuras del Estado que son inapropiadas para el propósito, al punto que no existen en absoluto. Además de la falta de recursos y, a menudo, de preparación, los ministerios del Gobierno tienden a operar en “silos” separados sin mucha comunicación entre ellos (y con frecuencia, en una relación competitiva y de desconfianza), lo que hace cada vez más difícil la creación de programas articulados. Esto ha llevado a largas demoras, frustraciones de las víctimas por enfrentar una burocracia lenta y muchas veces insensible, y a problemas para realizar la entrega de dinero y de servicios. Los problemas “normales” de un Estado débil, incapaz de hacer llegar beneficios y servicios con eficacia se ven exacerbados cuando la estructura ha sido desatendida o destruida durante un conflicto armado o una escalada militar, y los profesionales que se necesitan han sido muertos o exiliados o han emigrado. Estos problemas se exacerban más aún cuando se supone que el mensaje es valorar a los destinatarios como ciudadanos iguales y crear un nuevo marco administrativo en el cual se los integre por completo. De hecho, se podría enviar el mensaje equivocado y, así, enojar y volver a traumatizar a los indiscutibles beneficiarios de un programa de reparación.

Así, cuanto más se enfoque el desarrollo en reforzar los servicios que muy probablemente usarán los beneficiarios de las reparaciones, más efectivo podrá ser el proyecto o programas de reparaciones. En términos generales, darle prioridad a la tarea de que los servicios lleguen a los pobres, o a la lucha por una reforma administrativa y a la lucha anticorrupción necesarias para asegurar que tales servicios lleguen efectivamente, tendrá importantes repercusiones positivas en la eventual distribución de reparaciones y ampliará la variedad de beneficios que los programas de reparaciones podrían proveer. Las limitaciones del Estado

se vuelven obvias cuando, por ejemplo, ha hecho el compromiso de llevar servicios médicos y psicosociales a lugares donde las redes existentes que proveen dichos servicios son a todas luces inadecuadas. ¿Cómo puede lograrse esto? ¿Usando los sistemas de entrega existentes o estableciendo un sistema nuevo y paralelo dedicado a las víctimas? Cualquiera de estos métodos tiene sus inconvenientes. En Perú, por ejemplo, el incipiente Plan Integral de Reparaciones (PIR) provee servicios médicos a través de la red de seguro social de salud existente; sin embargo, esa red solo cuenta con instalaciones en las grandes ciudades, ya está sobrecargada y, en un principio, no cubría muchas de las enfermedades crónicas comunes entre las víctimas y los sobrevivientes[22]. En Guatemala, donde la Corte Interamericana ordenó que las reparaciones colectivas incluyeran servicios de salud mental —por ejemplo, el caso *Plan de Sánchez*—, el Estado respondió enviando a las áreas rurales a terapeutas sin experiencia en atender a víctimas de crímenes masivos, razón por la cual resultaron absolutamente ineficaces. Además, la población local se quejó de que los médicos que se enviaron para atender la clínica de salud local, como parte de las reparaciones a la comunidad afectada, eran tan racistas e indiferentes a sus reclamos como los médicos que habían conocido antes, al punto de que muchas de las víctimas no visitaron más la clínica[23].

Una solución podría consistir en evitar del todo a los ministerios disfuncionales y establecer un nuevo servicio de proveedores en un paralelismo con el establecimiento de salas judiciales especiales o cortes especiales para los crímenes de guerras para evitar al sistema de justicia disfuncional. Esa fue, de hecho, la respuesta de Guatemala, donde las ONG respaldadas por el PNUD y otras agencias lanzaron el Programa de Dignificación y Asistencia Psicosocial a las Víctimas del Enfrentamiento Armado, el cual brindó asesoría y apoyo psicosocial en relación con las exhumaciones de fosas comunes años antes de que se pusiera en marcha el Programa Nacional de Resarcimiento. También los esfuerzos vinculados con el desarrollo han echado mano de esta opción: las *Misiones* de Venezuela —servicios de salud y bienestar provistos por

22 En las regulaciones posteriores que implementaron el programa se hizo una lista de medicinas específicas requeridas por las víctimas/sobrevivientes, necesidad que fue cubierta.

23 Véase Marcie Mersky y Naomi Roht-Arriaza, "Guatemala", en *Victims Unsilenced: The Inter-American Human Rights System and Transitional Justice in Latin America*, Due Process of Law Foundation, Ed. (Washington D. C.: Due Process of Law Foundation, 2007).

fuera de la burocracia gubernamental ordinaria— pueden ser el ejemplo más conocido. Sin embargo, el establecimiento de servicios dedicados a las víctimas es más factible ahí donde la población de víctimas se halla más concentrada que dispersa, y además plantea preocupaciones acerca de la posibilidad de que se genere una nueva estigmatización o nuevos resentimientos contra aquellos que pueden usar el sistema, si es que este es exclusivamente para quienes han sido designados como víctimas. La creación de estructuras paralelas nuevas y transitorias también puede reproducir antiguas pautas de dependencia y de captura por parte de las élites. Aunque es difícil hacer una predicción general, tal vez tenga más sentido crear nuevas estructuras cuando las antiguas representan un obstáculo sin remedio, y tratar de integrar las reparaciones dentro de las estructuras administrativas existentes ahí donde la "transición" es más pronunciada o donde tales estructuras necesitan ser (re)construidas desde sus cimientos. Una inquietud relacionada con lo anterior es la que atañe a la estabilidad y la permanencia del programa de reparaciones en sí mismo, especialmente en situaciones políticamente volátiles. Cuando sea posible, tales programas resultarán más estables si se encuentran respaldados por una legislación y por presupuestos multianuales en lugar de provenir simplemente de disposiciones ejecutivas.

4. La dinámica entre el Estado y los programas de reparaciones

4.1. Complemento de las funciones estatales existentes

Así como el desarrollo puede ser un apoyo para el programa de reparaciones al enfocarse en el fortalecimiento de las estructuras de gobierno que proveerán las reparaciones, los programas de reparaciones pueden, a su vez, jugar un pequeño papel en el fortalecimiento de las funciones estatales. Un ejemplo de ello son los planes del Programa Nacional de Resarcimiento de Guatemala. Sensible a la objeción de que proveer servicios a manera de reparaciones no es en absoluto un programa de reparaciones, el PNR decidió inhibirse, en su planificación, de duplicar o canalizar sus recursos en programas de educación, salud e infraestructura. En lugar de ello, el programa busca complementarlos centrándose en la capacitación y apoyo de la medicina tradicional (maya), educación en salud preventiva, educación en salud de adolescentes, educación preescolar, prevención de la violencia doméstica, y cuestiones afines —todos los cuales son programas que los ministerios pertinentes

actualmente no ejecutan—. Esta iniciativa ha sido presentada como un modo de crear un cambio sostenible y culturalmente relevante a la vez que atiende tanto las causas de raíz y las necesidades inmediatas de los sobrevivientes[24]. Lamentablemente, hasta diciembre de 2008 eran solo planes: los desembolsos reales se han centrado en pagos individuales en efectivo (aunque la programación del 2009 cambió esta propuesta por otra centrada en acciones no-monetarias dirigidas a la comunidad). Pero la idea de complementar las funciones existentes del Estado, no de duplicarlas, es muy útil.

4.2. Creando modelos de interacciones ciudadanas con el Estado

Otra dinámica potencialmente beneficiosa consiste en los programas y proyectos iniciados bajo los auspicios de las reparaciones que sirven como muestras de las interacciones ciudadanas con el Estado. Idealmente, estos proyectos pueden servir como modelos de un nuevo modo de relacionarse con las poblaciones beneficiarias y con un nuevo conjunto de prioridades que pueden ser incorporadas en los programas existentes del Gobierno y en los ministerios. Para que esto suceda, la planificación y la capacitación deben empezar años antes, de modo que los valores y la responsabilidad de un programa de reparación con gran divulgación y atenta vigilancia se difunda por todo el Estado. Desde luego, el peligro es que ocurra lo contrario, que el enfoque de "asuntos ordinarios" que usa el Estado aplaste los esfuerzos hechos para las reparaciones. Sin embargo, si se hacen a conciencia y con cuidado, los programas de reparaciones pueden liderar el cambio en toda una gran parte del aparato estatal. Es posible que las reparaciones se constituyan como la primera vez en que las poblaciones afectadas interactúen positivamente con el Estado, lo que es un paso importante hacia la (re)construcción de la integración social.

Sin embargo, la implantación de los programas de reparaciones dentro de ministerios existentes más grandes contiene tanto promesas como peligros, como lo ejemplifica el Programa de Reparación y Atención Integral en Salud (PRAIS) de Chile. Este programa, que surgió de las recomendaciones de la Comisión de la Verdad y Reconciliación chilena y de una subvención inicial de la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID), fue diseñado para proveer atención

24 Entrevista a Leticia Velásquez, directora técnica Asistente, PNR, Ciudad de Guatemala, 10 de julio de 2007.

integral en salud física y psicológica a quienes padecieron de violaciones de los derechos humanos y a sus familiares durante la dictadura militar. El PRAIS otorgó libre acceso al servicio de salud pública existente y acceso prioritario cuando hubiera dilaciones para hacer efectivo el servicio, usando personal especialmente capacitado que fue incorporado al servicio existente. Esto permitió una fuente estable de recursos y un alto nivel del servicio, pero con el tiempo los equipos especializados dejaron de dar atención exclusiva a las víctimas y empezaron a integrar a víctimas de violencia doméstica al servicio, diluyendo así el efecto reparador. Los beneficiarios del programa tuvieron que movilizarse y presionar para que se restableciera el sentido de prioridad de las reparaciones. Como dice Elizabeth Lira: "el programa dependía en gran parte de la motivación individual de los profesionales que conformaban sus equipos, y no del acatamiento institucional de los objetivos"[25].

Una manera potencial de resolver el dilema entre fortalecer las instituciones del Estado preexistentes o crear unas nuevas y especializadas es colocar dentro de las agencias existentes y en todos los niveles a un personal cuyo trabajo consista en ser intermediarios, facilitadores y defensores de los beneficiarios de las reparaciones. Tales personas pueden servir como centro de atención para necesidades específicas de los sobrevivientes, ayudarlos a acceder a los servicios necesarios y a abrirse camino entre burocracias confusas o indiferentes, y ser en general el "rostro amable" del Estado que respeta a víctimas y sobrevivientes[26].

4.3. Fortaleciendo los Gobiernos locales y regionales

Otro efecto posible y positivo que deriva de los programas de reparaciones puede ser el potencial que hay para fortalecer los Gobiernos locales y regionales en un contexto de mayor democratización. Mucha de la literatura sobre descentralización resalta la gran facilidad con la que los Gobiernos locales pueden conectarse con sus electores, adaptar sus prioridades a las necesidades locales, experimentar y responder a la participación ciudadana. Desde luego, esto no es necesariamente cierto: los Gobiernos locales puede ser muy fácilmente capturados por intereses de élites y excluir a mujeres, jóvenes y/o minorías o poblaciones

25 Elizabeth Lira, "The Reparations Policy for Human Rights Violations in Chile", en *The Handbook*, 71.

26 Esta idea surgió de una discusión de una de las autoras con Christian Correa del ICTJ, por lo que le estamos agradecidas.

indígenas. Sin embargo, es plausible que un Gobierno local participativo y responsable sea más útil para la gestación de un desarrollo desde abajo.

En Perú, la implementación del programa de reparación ha sido encabezada por los Gobiernos provinciales y municipales, los cuales establecen sus propias prioridades y presupuestos con fondos del Gobierno local y del Gobierno central. Mientras que algunas provincias no han hecho mucho, algunas tienen planes extensos y ambiciosos y han realizado consultas importantes a las comunidades locales respecto de las prioridades. Por ejemplo, el Gobierno regional de Huancavelica programó en el 2006 más de 2,5 millones de nuevos soles (US$ 837,500) para crear su Registro de Víctimas, fortalecer las asociaciones locales de víctimas, capacitar personal de salud y educación, y otros[27]. Este esfuerzo sirve como ejemplo y catalizador para otras iniciativas regionales así como para el Gobierno central. La infusión de recursos y la atención que el PIR peruano ha puesto en los Gobiernos municipales y regionales permitiría a estos Gobiernos volverse proveedores de servicios más eficaces en todos los ámbitos, fortaleciendo e intensificando la descentralización.

En Marruecos, las reparaciones tienen el propósito de dirigirse a comunidades ubicadas en regiones que fueron marginadas o aisladas. Luego de llevarse a cabo un foro nacional sobre reparaciones, las iniciativas planeadas y apoyadas por el Estado a nivel local han sido orientadas a resarcir comunidades que fueron castigadas con anterioridad por levantarse contra el régimen represor o por ser sede de centros secretos de detención. De ese modo, los consejos locales tienen que decidir sobre la base de sus prioridades cómo se van a usar los fondos de reparación. En Guatemala, luego de varios años de experiencia con programas centralizados manejados desde las oficinas regionales y la capital, el programa reformado se enfoca ahora en proyectos pilotos propuestos por las aldeas locales. En Sudáfrica, la organización de sobrevivientes Khulumani propuso una alianza entre los grupos organizados de víctimas y el Gobierno local para “construir una competencia ciudadana y comunitaria” a través de esfuerzos locales de desarrollo enfocados en las comunidades más duramente afectadas por los maltratos del *apartheid*. Este esfuerzo llevaría a disposiciones legales y constitucionales respecto de la participación pública en la planificación municipal y en el presupuesto. El desarrollo local avanzaría más allá de la

27 José López Ricci, “Vigilancia de proyectos y actividades relacionados con el Plan Integral de Reparaciones en Huancavelica”, Instituto de Defensa Legal, junio de 2006.

inversión en activos productivos e infraestructura hacia el replanteamiento de los derechos de la niñez, salud y educación, de manera que los fondos públicos se conviertan en un proyecto de gobierno con derechos y presupuestos afines dentro de comunidades inscritas. Estos pueden invertirse ya sea en crear demanda local, recompensar la producción local, unir a la población adulta para proteger y asegurar la formación de todos los niños (y también de los padres y centros pre-escolares), usar los fondos de alimentación escolar para echar a andar una revolución agrícola comprando los productos locales o eliminando la falsa dicotomía entre salud y educación pública y privada que arruina ambos sistemas y que priva a los padres y miembros de la comunidad de tener roles claves (financieramente asegurados ahora por sus derechos de inversión), como lo exige la norma[28].

4.4. Fortaleciendo la sociedad civil

Las discusiones sobre reparaciones pueden también estimular la creación y crecimiento de organizaciones de la sociedad civil. El calendario para los programas de reparaciones tiende a ser hasta de doce años, que es tiempo suficiente para que varias constelaciones de organizaciones locales, agrupaciones de víctimas, organizaciones de defensa y especialistas se unan en torno a actividades de presión y de implementación centradas en los programas. La posibilidad de recursos y la preocupación sobre su justa distribución son un incentivo para que muchos se organicen desde un inicio y aprendan cómo relacionarse con el Estado. Con el tiempo, estas preocupaciones se extienden al terreno de la justicia, del desarrollo y otros temas relacionados. Lo más importante es que en la medida que los programas de reparaciones ponen énfasis en los objetivos de solidaridad social, reconocimiento e igualdad de los ciudadanos, ellos pueden proporcionar medios para que las personas empiecen a ejercer esa ciudadanía de muchas maneras. De ese modo, es crucial que los programas de reparaciones permitan la participación de agrupaciones de víctimas y otras organizaciones de la sociedad civil

28 Tlhoki Mofokeng y Marjorie Jobson, “Repairing the Past: Reparations and Transitions to Democracy: Debates on Transitional Justice: Where Are We in South Africa?”, Khulumani Support Group, Ciudad del Cabo (marzo de 2004): 9.

para formular normas y vigilar el proceso; tal participación puede crear hábitos de interacción con el Estado que van a perdurar. El fenómeno del surgimiento de organizaciones de la sociedad civil como interlocutores de los programas de reparaciones es un ejemplo de la habilidad de tales programas para redefinir a las víctimas como ciudadanos —esto es, como personas con derechos, capaces de hacer demandas al Estado—.

Un ejemplo de esto es el rol clave que tiene el Consejo Consultivo de Derechos Humanos (CCDH) en la formulación y la distribución de las reparaciones ordenadas por la Comisión de la Verdad marroquí y la confianza en los intermediarios de la sociedad civil para llevar a cabo los proyectos del Fondo Fiduciario para las Víctimas (FFV) de la Corte Penal Internacional. En Perú, organizaciones de la sociedad civil como la Asociación Pro Derechos Humanos (APRODEH) han jugado un rol clave en la vigilancia permanente de la implementación de reparaciones a nivel comunitario. Estas organizaciones han trabajado tanto con el Gobierno como con las agrupaciones locales de sobrevivientes en corregir los defectos de reparaciones existentes y en propugnar una mayor participación de los sectores marginados, especialmente mujeres.

4.5. Concentrarse en presupuestos, supervisiones y contrataciones

Un posible efecto de los programas de reparaciones procede de las áreas de presupuesto, supervisión y contratación. Los programas estatales de reparaciones movilizan y dan fuerza a un sector relativamente grande y comprometido con el fin de priorizar las prácticas de financiamiento y presupuesto del Estado. En el proceso, pueden preparar gente para tratar con el Gobierno como institución y no como adversario. Los presupuestos participativos son una herramienta que promete desarrollo permitiendo a los beneficiarios del servicio supervisar e influir en cómo los fondos del Estado son asignados. Los programas de reparaciones pueden servir como una plataforma de práctica para metodologías en cuanto a presupuestos participativos, los cuales se pueden transferir luego a otras áreas. Esto está empezando a ocurrir con el PIR en Perú, donde las ONG han estado particularmente interesadas en la habilidad para distinguir con exactitud qué fondos de los presupuestos ministeriales están destinados a reparaciones como partidas separadas, con el fin de evitar que dichos fondos simplemente se anexen a temas ministeriales vigentes. Esto capacita a las ONG y a otros actores de la sociedad civil en el entendimiento de los presupuestos y su implementación, y al Gobierno

en contar con una supervisión de la sociedad civil de lo que ha sido por lo general un proceso poco transparente[29]. De modo similar, los comités establecidos que contribuyen o supervisan programas de reparaciones podrían extender sus períodos de vida como comités de desarrollo local y viceversa. Por ejemplo, el Banco Mundial requiere cada vez más de estos comités comunitarios como parte de la implementación de un plan de desarrollo nacional; al menos en un caso, un comité comunitario actual en Aceh, que tiene la confianza de ambos lados del conflicto armado, sirvió como mecanismo para verificar el derecho de las viudas a recibir asistencia especial[30].

Las prácticas de contratación que se iniciaron como parte de los programas de reparaciones también pueden tener efectos a largo plazo. En Guatemala, el PNR ha convertido a las ONG en proveedores de servicios especializados tales como exhumaciones, terapia psicosocial y servicio legal para las víctimas. Las ONG, tan acostumbradas a un rol observador y reactivo, cara a cara con el Estado, han tenido que hacer frente a burocracias gubernamentales tanto para la contratación como para el planeamiento. Si bien los representantes de las ONG se quejaban de los requerimientos burocráticos y del ritmo lento de las acciones gubernamentales, están aprendiendo a asumir una postura proactiva y, al menos potencialmente, a infundir a los organismos con los que colaboran un nuevo espíritu y un nuevo conjunto de prioridades. Por otro lado, externalizar la funciones de servicio a las ONG puede derivar en una continua debilitación del Estado, o desviar los recursos y la atención de las ONG de sus roles activistas o de vigilancia a una competencia por contratos para proveer servicios. Los actores no estatales no estarán necesariamente en capacidad de manejar programas de esa magnitud.

4.6. Estimular la creación de registros

Mientras que los efectos mencionados arriba tienen que ver en gran parte con aspectos de la prestación de servicios de los planes de reparación, otras clases de efectos “chorreo” podrían surgir de la compensación individual y de los programas de restituciones. Por ejemplo, uno de los problemas más difíciles enfrentados por los programas peruano y guatemalteco es la incapacidad de probar con facilidad la existencia y las relaciones de parentesco de quienes fueron asesinados.

29 Mofokeng y Jobson, “Repairing the Past”.

30 Entrevista a Sarah Cliffe, Banco Mundial, Washington, D. C., 8 de junio de 2007.

En ambos conflictos armados, las partes beligerantes destruyeron municipios, iglesias y otros lugares donde se conservaban los certificados de nacimiento, de bautismo y de matrimonio; muy pocos certificados de defunción de los fallecidos fueron emitidos. Las comisiones de la verdad no podían, dentro del tiempo y de los recursos asignados, inscribir a muchas víctimas por su nombre[31]. ¿Cómo, entonces, probar que el padre o el hijo fueron muertos como resultado de un conflicto armado? Aun en el caso de que la existencia de la víctima pudiera probarse (a través de un testimonio aceptado, por ejemplo, por un tribunal o una comisión de la verdad), los nombres y el grado de parentesco con los familiares puede ser imposible de documentar.

Esto crea un terrible dilema. Si los programas exigen demasiada documentación, se excluye a un gran número de víctimas y sobrevivientes con derechos, en especial los del área rural, que son los que fueron más duramente golpeados; dichos programas causarán otro trauma a las víctimas y socavarán cualquier efecto reparativo de la compensación. Por otro lado, en países con escasez de empleo y extensa pobreza, sería sorprendente que la promesa de dinero no provocase toda clase de conductas fraudulentas, incluyendo reclamos ficticios de "víctimas". Para favorecer a los verdaderos beneficiarios, los programas de reparaciones que incluyen pagos individuales deben establecer modos de descartar esas falsas demandas. Esto es cierto en especial cuando los recursos provienen del Estado. Los Estados no solo tienen que cumplir con sus propias normas administrativas y presupuestos, sino que tienen también que demostrar a los demás Estados, a las IFI, a los deudores e inversionistas que poseen controles adecuados de los fondos estatales y que combaten activamente la corrupción. Este se ha vuelto un problema más notorio a medida que la lucha contra la corrupción gubernamental y el esfuerzo por una transparencia financiera se han convertido en un punto central de la labor programática del Banco Mundial, entre otros. El establecimiento de mecanismos adecuados para registrar víctimas ha ocasionado, por tanto, grandes retrasos en la distribución de las compensaciones tanto en Perú como en Guatemala.

En estos países, el Estado ha respondido a este dilema tratando de crear registros para las víctimas y sus familiares. Con el tiempo, los programas tendrán que encontrar modos innovadores —incluyendo el uso de testigos, personas mayores o, en algunos casos, simplemente

31 En la lucha temprana en el Cono Sur y en Sudáfrica, las comisiones sí crearon, al menos, una lista inicial de víctimas.

evidencia circunstancial de tiempo y lugar— para determinar el derecho a recibir pagos por reparaciones gracias a un registro de víctimas. Desde el punto de vista del desarrollo, estos esfuerzos pueden dar resultados a largo plazo, abriendo el camino para un registro civil más grande y un personal capacitado para su funcionamiento. A su vez, esto podría hacer que sean mayores los esfuerzos para un censo, así como para la documentación y formalización de poblaciones por lo general carentes de documentos; asimismo, facilitaría a las personas pobres el ingreso en una economía formal, la obtención de préstamos y otras cosas similares[32].

4.7. Estimulando la titulación y la restitución de tierras

La restitución de tierras presenta similares frustraciones y también un similar potencial. Miles de personas han sido desplazadas a la fuerza durante los conflictos armados y algunas veces sus tierras han sido ocupadas por otros. El proceso de la devolución de tierras es a menudo complicado porque los desplazados no tienen título o tienen un título insuficiente o una propiedad basada en normas de la comunidad indígena sobre tenencia de tierras, las cuales no son reconocidas por el Estado. Cuando la tierra ha sido ocupada por terceros, se deben encontrar tierras equivalentes y tituladas adecuadamente, y el título formal en la práctica debe, entonces, respetarse. La frustración viene del hecho de que la distribución de la tierra y los organismos de titulación carecen de suficiente financiación, son lentos, irrespetuosos de las prácticas tradicionales o colectivas en tenencia de tierras e incapaces de acceder a tierras más viables a falta de una reforma agraria amplia, dejando así los programas de restitución de tierras mayormente en el limbo. El potencial surge de la posibilidad de un nuevo modo de trabajar o de ejercer mayor presión política en estos organismos para acelerar el ritmo y mejorar las actividades de titulación y distribución[33]. Los tribunales de

32 Véase Hernando de Soto, *The Mystery of Capital* (Nueva York: Basic Books, 2000) sobre las ventajas de la formalización. Por supuesto, la teoría propuesta por De Soto de que la formalización de títulos resultará en un desencadenamiento de capital para uso productivo ha sido objeto de críticas. La formalización puede ser más fácilmente aprovechada por la élites más capaces de “trabajar el sistema” y los pobres pueden terminar peor si la formalización deviene crédito fácil que conduce a un aumento del endeudamiento aumentado y a una eventual pérdida de activos.

33 Véase también el capítulo por Chris Huggins, “Vinculando constelaciones amplias de ideas: justicia transicional, reforma de tenencia de tierras y desarrollo”, en *Transitional Justice and Development. Making Connections*, Pablo de Greiff y Roger Duthie, Eds. (Nueva York: Social Science Research Council and International Center for Transitional Justice, 2009).

tierras de Sudáfrica, entre otros, han sido los primeros en plantear que se establezcan datos factuales sobre propiedad e identidad por medio del uso de tradiciones orales, evidencia de testigos y otras fuentes no escritas; un planteamiento similar podría ser aceptable en otras circunstancias parecidas[34]. Los programas de reparaciones pueden abrir el acceso a crédito a los nuevos propietarios colocando mayores recursos en la restitución de la mano con su titulación[35]. También pueden servir como un catalizador para reformas que garanticen el acceso a las mujeres a la tierra y al título respectivo, o que se reconozcan como tal los derechos a la tierra de las comunidades indígenas o tradicionales, las cuales pueden tener importantes implicancias tanto prácticas como simbólicas.

5. Reparaciones individuales y colectivas

Especialistas y académicos a menudo han distinguido entre reparaciones individuales y colectivas como enfoques preferibles. Partimos de la premisa que tanto las reparaciones individuales como las colectivas son componentes importantes de un esfuerzo de reparaciones que sea lo suficientemente complejo e integrado. Las reparaciones individuales sirven como reconocimiento de un daño hecho a una persona y a la valía de una persona como ciudadano con derechos. Tal reconocimiento, esencial para (re)obtener la confianza cívica, no puede darse de otro modo. El reconocimiento individual se vuelve especialmente importante cuando el Gobierno ha tratado previamente a la población afectada como si fuera una masa indiferenciada o como ciudadanos de segunda clase. Las reparaciones colectivas pueden servir para otras funciones distintas, si bien superpuestas: para responder a daños colectivos y daños a la cohesión social (especialmente en lugares con un fuerte sentido de identidad colectiva), para restablecer la solidaridad social y para maximizar la eficacia de recursos existentes. El objetivo es no escoger una forma de reparación en vez de otra, sino entender las fortalezas y limitaciones de cada una y combinarlas de un modo creativo y culturalmente apropiado.

Las reparaciones individuales no tienen por qué estar limitadas a una compensación económica: también pueden tomar la forma

34 Sobre el proceso de los tribunales de reclamo de tierras, véase, por ejemplo, Joan G. Fairweather, *A Common Hunger: Land Rights in Canada and South Africa* (Calgary: University of Calgary Press, 2006), 109-11.

35 De Soto, *The Mystery of Capital*.

de una restitución —de tierras u otra propiedad, trabajo, pensión, derechos civiles o de la buena reputación— y de una rehabilitación física, mental y legal. Las reparaciones individuales pueden ser tanto simbólicas como materiales; por ejemplo, cuando el Gobierno chileno hizo entrega personalizada de una copia del informe de la Comisión de la Verdad y Reconciliación con una carta que indicaba el lugar donde podía encontrarse el nombre de cada víctima individual, eso tuvo un profundo valor de reparación para las personas involucradas[36]. Otras reparaciones individuales pueden incluir la exhumación y entierro de los muertos, disculpas a los sobrevivientes y a sus familiares más cercanos, o la publicación de lo sucedido en un caso en particular. Las reparaciones individuales pueden también tomar la forma de paquetes de servicios del Gobierno, tales como la inclusión en los planes de salud del Estado, acceso preferencial a servicios médicos o becas.

El concepto de reparaciones colectivas es más complicado, en parte porque se usa para connotar diferentes cosas en diferentes contextos. En la práctica, las reparaciones colectivas con frecuencia han sido concebidas ya sea como modalidades no individualizadas de distribución, o como bienes públicos vinculados a comunidades específicas —sean estos bienes básicos, tales como escuelas, centros de salud, pistas y otros, o fondos extra dirigidos a regiones específicas escogidas por haber sufrido más durante el período del conflicto, como ocurrió en Perú o Marruecos—. De ese modo, mientras que el acceso a becas o a privilegios de salud sería parte de una reparación individual, la construcción de escuelas o centros de salud en las comunidades afectadas, abiertas a todos los residentes, sería una reparación colectiva. Algunas modalidades de reparación son colectivas en su forma, pero están aún limitadas en gran parte a las víctimas y pueden estar dirigidas a daños ocasionados a todo un grupo[37]. Ejemplos de ello incluyen asesoramiento psicosocial para grupos de víctimas, exhumaciones de fosas comunes en comunidades específicas, titulación de tierras colectivas, restitución de lugares de culto común, y microcréditos u otros proyectos destinados a la producción para grupos de viudas y otros.

Así como con las reparaciones individuales, estas formas de reparaciones colectivas pueden incluir medidas tanto materiales como

36 Lira, “The Reparations Policy for Human Rights Violations in Chile”.

37 Ruth Rubio-Marín, “Gender and Collective Reparations in the Aftermath of Conflict and Political Repression”, en *The Politics of Reconciliation in Multicultural Societies*, Will Kymlicka y Bashir Bashir, Eds. (Oxford: Oxford University Press, 2008).

simbólicas, además de restitución, satisfacción y compensación. Las reparaciones colectivas consideran fundamentalmente al individuo en un contexto de lazos sociales. El uso del término "reparaciones colectivas" puede referirse a las reparaciones de un grupo social, étnico o geográfico particular, o simplemente a una comunidad que ha sufrido daño en su cohesión y tejido social como tal y, de ese modo, se le repara en su condición de comunidad. Esta postura, desde luego, plantea la dificultad de asignar víctimas a un grupo o comunidad con el propósito de otorgarles una reparación, problema que ha sido magnificado por cambios sociales y demográficos en el curso de un conflicto armado, en especial aquellos ocasionados por desplazamientos y migraciones generalizados.

La mayoría de las propuestas y programas existentes combinan, al menos en teoría, tanto el componente individual como el colectivo. La Comisión de la Verdad y Reconciliación de Sudáfrica (CVR), por ejemplo, pidió una política de reparación y rehabilitación que estuviera "centrada en el desarrollo" con el fin de *empoderar* activamente a las personas y a las comunidades para que tomen control de sus propias vidas[38]. En particular, las medidas de rehabilitación de la comunidad incluían servicios sociales y de salud, educación, vivienda y reforma institucional[39]. Pero la CVR también pidió asignaciones individuales, que a la larga fueron distribuidas, aunque los montos asignados eran mucho más pequeños que los que esta recomendó.

La ley que crea el PIR peruano especifica múltiples modalidades incluyendo restitución de los derechos civiles; reparaciones en salud, educación y vivienda; reparaciones colectivas y simbólicas; y otras[40]. Las reparaciones pueden ser pagadas a cada una de las víctimas, familiares más cercanos o en forma colectiva como:

> Comunidades campesinas, nativas y otros centros poblados afectados por la violencia, que presenten determinadas características como: una cantidad concentrada de violaciones individuales, destrucción, desplazamiento

38 "Truth and Reconciliation Commission of South Africa Report", vol. 5, para. 46, reproducido en *The Handbook*, 800.

39 *Ib*., paras. 94-155, en *The Handbook*, 810-13.

40 Ley n.° 28592, Ley que crea el Plan Integral de Reparaciones (PIR), en Lisa Magarrell y Julie Guillerot, *Reparaciones en la transición peruana: memorias de un proceso inacabado* (Lima: Asociación Pro Derechos Humanos (APRODEH) / ICTJ / OXFAM-GB, 2006), 259.

> forzoso, quiebres o fisuras en la institucionalidad comunal, pérdida de la infraestructura familiar o comunal, y grupos organizados de desplazados no retornantes, procedentes de comunidades afectadas, pero que se han en sus lugares de inserción[41].

Un proceso piloto en Perú concede a las comunidades más afectadas cerca de 100,000 nuevos soles (US$ 33,500) a cada una para que realicen proyectos de desarrollo que ellas elijan. Los primeros 440 incluían desde proyectos de irrigación, electrificación, agua y mejoras en escuelas y carreteras hasta proyectos para criar ganado menor (cuyes o conejillos de indias), mejorar la infraestructura turística y crear un centro de cómputo para una pequeña localidad. Es demasiado pronto para evaluar la eficacia a largo plazo de estos proyectos o del proceso por el cual se les asignó el apoyo, aunque en un primer proyecto de monitoreo se encontró una serie de defectos en el modo como se seleccionaron estos proyectos[42]. A un nivel conceptual, los proyectos no tienen lazos con la naturaleza o el tipo de daños que supuestamente reparan, lo cual ha llevado a una falta de comprensión del propósito pretendido por los beneficiarios. En términos prácticos, aunque el modelo del PIR requería la participación de la comunidad en la selección de proyectos, en la práctica los que tenían contactos con el Gobierno local o con los líderes encargados tendían a ser más activos en las conversaciones sobre posibles proyectos, con escasa participación de mujeres. Desde luego, estas dinámicas de poder a nivel local pueden existir de modo más amplio, al establecer prioridades en el desarrollo local. Los programas de reparaciones pueden beneficiarse de las lecciones aprendidas en este campo por los especialistas en desarrollo trabajando en formas que aseguren una participación más generalizada.

La Comisión de la Verdad de Guatemala recomendó realizar reparaciones tanto individuales como colectivas, dependiendo de la violación. Para facilitar la reconciliación sin estigmatizar a las víctimas o a los perpetradores, se estableció que las medidas colectivas “han de ser cumplidas en el marco de proyectos con base territorial que promuevan la reconciliación, de modo que, además de lidiar con la reparación, sus otras acciones y beneficios también favorezcan a toda la población, sin

---

41 *Ib*.

42 APRODEH-ICTJ, “Sistema de Vigilancia a Reparaciones”, Reporte Nacional de Vigilancia del Programa de Reparaciones Colectivas, 2008, www.aprodeh.org.pe/reparaciones/sistema/reparaciones/reportenacional.pdf.

hacer diferencias entre víctimas y perpetradores"[43]. En teoría, el PNR de Guatemala contempla un componente de compensación individual y un gran componente de reparaciones colectivas, incluyendo reparaciones psicosociales y culturales, proyectos de producción para mujeres, y educación, salud y beneficios de vivienda para las comunidades afectadas. En la práctica, el mayor componente de los desembolsos reales hasta ahora ha estado en las reparaciones individuales y en el apoyo para las exhumaciones de fosas comunes, aunque en el 2008 el programa fue renovado.

En Marruecos, las reparaciones pagadas por la Comisión de la Equidad y la Reconciliación incluyen reparaciones colectivas centradas en infraestructura de obras como escuelas, centros de salud y centros para mujeres en las zonas más golpeadas del país. Las reparaciones individuales en Marruecos tomaron la forma de compensaciones que se otorgaron a cada persona, y fueron distribuidas por la oficina de correos local, junto con una carta personalizada de disculpas y reconocimiento, una explicación de la resolución de su caso en particular y un formulario para la cobertura de salud[44]. En Ghana, aunque la mayoría de las recomendaciones de la Comisión de la Verdad se centraron en pagos individuales, las reparaciones colectivas también fueron parte de la propuesta, como por ejemplo la reconstrucción de un mercado destruido[45].

6. Ventajas relativas y limitaciones

El programa de reparaciones más eficaz y válido es, en términos generales, aquel que combine cierto tipo de reparaciones individuales con reparaciones colectivas (no necesariamente monetarias) y en el cual el valor reparador de ambas sea de suma importancia. Especialistas y teóricos en reparaciones, en su mayor parte, han escrito desaconsejando el uso de bienes y servicios no excluyentes como la principal, o incluso como una de las principales, forma de reparación. Tal enfoque puede apelar a ser una postura práctica y a prueba de errores en el manejo de violaciones masivas; sin embargo, existe una serie de problemas con ello. Entre estos

---

43 Report of the Commission for Historical Clarification, Conclusions and Recommendations, pt. iii, Reparatory Measures, para. 10, shr.aaas.org/guatemala/ceh/report/english/recs3.html.

44 Centro Internacional de Justicia Transicional, "Truth-Seeking and Reparations in Morocco", ICTJ Reparations Unit Country Summary, abril de 2008.

45 National Reconciliation Commission Report (Accra, Ghana, abril de 2005).

problemas está la cuestión de que, a nivel personal, la reconstrucción social como reparación tendrá un impacto psicológico limitado, sobre todo en aquellos que pretenden reparaciones individuales. Además, los sobrevivientes (y, generalmente, miembros de la comunidad) pueden considerar la modernización de sus comunidades como un derecho ciudadano. Brandon Hamber observa que una verdadera reparación y recuperación no ocurre solo o principalmente mediante un objeto o un acto de reparación, sino también a través del proceso relacionado con el objeto o el acto en cuestión[46]. Los grupos defensores han señalado que utilizar los fondos para reparaciones con el objeto de proveer bienes o servicios no excluyentes a las poblaciones marginadas (incluyendo a las víctimas, pero no solamente a ellas) permite al Gobierno desentenderse de ello muy fácilmente: solo requiere hacer lo que se tiene que hacer de todas maneras, y pegarle la etiqueta de "reparación"[47]. Por otro lado, es probable que los beneficiarios tomen los resultados como producto de una generosidad oficial más que como una obligación legalmente definida.

No obstante, los Gobiernos tienden a preferir el uso de reparaciones colectivas, a menudo por razones pragmáticas. Las reparaciones colectivas pueden permitirles canalizar programas en los ministerios existentes, aparecer como más eficientes y con menos probabilidades de ser políticamente sensibles, requerir de menos burocracia nueva y aparecer como más aceptables ante los administradores preocupados por el presupuesto y por los acreedores. Las reparaciones no excluyentes también evitan problemas relacionados con la diferenciación de víctimas o la creación de nuevos rencores. Las agencias de ayuda también prefieren hablar de "asistencia a la víctima" y no de reparaciones.

Efectivamente, a pesar de las limitaciones de la no exclusividad y del peligro de la confusión antes detallada, puede haber algunas ventajas sustanciales en las reparaciones colectivas dentro de un desarrollo a largo plazo, en especial si se usan para complementar algún tipo de reparación individual. En primer lugar, cuando existe escasez de recursos y un gran número de víctimas, las alternativas pueden estar entre las reparaciones colectivas, por un lado, y absolutamente ninguna reparación material o compensaciones individuales tan exiguas que resultan insultantes, por otro.

46 Brandon Hamber, "Narrowing the Micro and Macro: A Psychological Perspective on Reparations in Societies in Transition", en *The Handbook*, 580.

47 Véase Roht-Arriaza, "Reparations Decisions and Dilemmas"; de Greiff, "Justice and Reparations"; y Rubio-Marín, "Gender and Collective Reparations".

La prestación de servicios, tales como salud y educación, sirve al menos de algún provecho para las poblaciones beneficiadas. Por otra parte, al evitar nuevos rencores o diferenciación de víctimas, y gracias al acceso no excluyente para los sectores grandes de una población afectada, incluyendo víctimas y perpetradores, se pueden evitar también la estigmatización y la continua marginación que los programas para víctimas pueden generar.

Se pueden preparar reparaciones colectivas para maximizar su impacto simbólico (aunque esto no ocurra con frecuencia), por medio de ceremonias de nombramiento, junto con reparaciones simbólicas de diferentes tipos, u otras por el estilo. Es importante, en ese sentido, que las reparaciones colectivas estén ligadas explícitamente a los daños, algo que, por ejemplo, ha estado en gran medida ausente del programa peruano. Por otro lado, el peligro de que los Gobiernos minimicen el carácter obligatorio y sustentado en derechos de las reparaciones colectivas, permitiendo que sean percibidas como una mera generosidad, no se limita a las reparaciones colectivas ni a reparaciones bajo la forma de mejoras en la infraestructura y en la entrega de servicios. Este riesgo puede también hallarse en los pagos de compensación individual. En Guatemala, por ejemplo, las agrupaciones de víctimas se han quejado de que los cheques que reciben las víctimas por violación de derechos humanos parecen ser equivalentes a los cheques que se giraron al mismo tiempo a los miembros de las patrullas civiles (quienes a menudo fueron violadores de derechos humanos) por trabajo forzado. En esa situación, no hay tampoco (con raras excepciones) ningún gesto simbólico ni tampoco de disculpas en la entrega de fondos. Las agrupaciones informan que las personas están confundidas y molestas debido a que se entregan montos diferentes a las diferentes familias, a pesar del hecho de que había una lógica clara detrás de los montos diferenciados[48].

Las reparaciones individuales hechas como pagos globales en efectivo pueden crear otros tipos de dificultades. La evidencia en otros casos previos de reparaciones negociadas o realizadas por mandato del sistema interamericano sugiere que los pagos grandes (que, como es sabido, son de magnitud mayor que los ofrecidos por la mayoría de programas administrativos de reparaciones) han provocado dislocaciones en la comunidad: líderes históricos que fueron abandonados para

48 Los montos dependían de la naturaleza de la violación (*i. e.*, si mataron a la víctima) y también de la manera en que muchos familiares sufrieron la violación, con el fin de lidiar con situaciones donde familias enteras fueron casi eliminadas. Los montos varían de Q 20,000 a Q 44,000 (US$ 2,608 a US$ 5,737).

favorecer a un montón de advenedizos que prometían obtener más y mejores reparaciones, pueblos que se vieron inundados de charlatanes que prometían cheques rápidos, familiares lejanos y desconocidos que de pronto aparecieron, y algunos beneficiarios que fueron asaltados o a quienes se amenazó para que entregaran el dinero de su cheque[49]. La dinámica al interior de la familia también fue impactada: mientras en unos casos las mujeres se fortalecieron recibiendo dinero en efectivo a sus nombres, en otros casos los miembros masculinos de la familia en cuestión interpusieron rápidamente demandas por la compensación pagada a sus mujeres y madres[50].

Sin embargo, una combinación cuidadosa de reparaciones individuales y colectivas puede tener un posible impacto positivo desde el punto de vista del desarrollo, más allá de cualquier otro impacto en el Estado. Podría, por ejemplo, ayudar a redistribuir el poder a nivel local alterando la dinámica entre las víctimas y la estructura de poder. Luego de muchos conflictos armados, los vencedores representan el liderazgo local (oficial o *de facto*): tienen la mayoría de los recursos (a menudo como resultado de la apropiación de los recursos de las víctimas), están protegidos por una impunidad desenfrenada sobre cualquier tipo de responsabilidad y, en ocasiones, se han transformado en una mafia local o en jefes del crimen. Por otro lado, las víctimas suelen estar entre los miembros menos favorecidos de la comunidad debido a la falta de uno o más sostenes de la familia, a la falta de tierras, y/o a problemas de salud. A pesar del retorno de la paz, tienden a seguir siendo, en gran medida, impotentes y marginados. Como se describió anteriormente, esto crea dificultades para incorporar plenamente a un sector sustancial de la población en la lucha por el desarrollo.

En estas circunstancias, un programa de reparaciones bien diseñado puede ayudar a redistribuir el poder local. Lo más saltante es que se pueda asignar los recursos más necesarios en manos de los menos favorecidos, lo cual a su vez puede subrayar y hacer público el reconocimiento del Estado

49 Mersky y Roht-Arriaza, “Guatemala”. Elizabeth Lira observa un resultado similar en las zonas mapuches de Chile donde “en comunidades muy pobres, las reparaciones económicas distorsionaron las relaciones familiares de solidaridad y afectaron negativamente las redes familiares y comunitarias” (cita traducida). Lira, “The Reparations Policy for Human Rights Violations in Chile”, 63.

50 Esta información se basa en discusiones respecto de las reparaciones pagadas en Guatemala como resultado de casos de la Corte Interamericana, en especial las entrevistas a Olga Alicia Paz de ECAP y a los sobrevivientes a las masacres en el Plan de Sánchez. Véase también Mersky y Roht-Arriaza, “Guatemala”.

de que estas personas han sufrido desproporcionadamente. Pero incluso tales servicios como escuelas, pistas o centros de salud, que favorecen a todos los que vivan en el área, incluyendo perpetradores, transeúntes y rescatistas, así como víctimas[51], podrían ayudar a redistribuir el poder en favor de las víctimas. Si los servicios necesarios para todos llegan a la comunidad debido a las necesidades —y, mejor aún, debido a la lucha— de las víctimas y sobrevivientes, estos les da una fuente de estatus y orgullo ante la mirada de sus vecinos. Una fuente de estatus en muchas culturas y comunidades es la habilidad de traer recursos para mantener el bien común, la habilidad de ser un benefactor[52]. Al dejar en claro que las víctimas son la razón por la cual los servicios llegan, inclusive si estos servicios benefician a todos, las reparaciones colectivas pueden empezar a resolver un desequilibrio de poder existente. Esto puede, a su vez, permitir una participación más amplia de las víctimas en el Gobierno local.

Lo ideal sería que los programas de reparaciones maximizaran las ventajas relativas del criterio individual y del colectivo al combinarlos. Las experiencias relacionadas con la reintegración de excombatientes pueden ser de ayuda aquí. De acuerdo con Sarah Cliffe, del Banco Mundial, la modalidad planificada de pagos de reintegración para combatientes desmovilizados en Aceh consistió en un pequeño pago individual en efectivo, un bono algo mayor por servicios individualizados —tales como pensión de estudios o de capacitación profesional— y en tercer lugar, bonos de desarrollo de la comunidad. Estos bonos, entregados a cada excombatiente, le daban la facultad a él (rara vez se trataba de una mujer) de reunir los recursos representados por el bono junto con otros para financiar los programas comunitarios. Estos bonos no tenían ningún valor reembolsable en efectivo, excepto cuando se combinaban con otros, y solo podían ser usados para propósitos colectivos.

Este tipo de plan tiene una serie de ventajas potenciales cuando se aplica al tema de las reparaciones para víctimas. Permite hacer

51 Estas categorías son obviamente fluidas: la misma persona puede caer en más de una categoría, por ejemplo, al rescatar a unas personas a la vez que ataca a otras; dentro de las familias hay con frecuencia representantes de todos ellos. No es posible beneficiar solo a las víctimas “correctas”; el PIR de Perú, por ejemplo, excluye miembros de grupos subversivos, pero esta disposición ha levantado una serie de críticas de que la exclusión es discriminatoria y se extiende de un modo demasiado amplio.

52 Este fenómeno toma diferentes formas en diferentes culturas. Se habla de ello (despectivamente) como la habilidad de actuar como padrino, gran hombre, promotor y agitador, pero el mismo impulso motiva, al menos en parte, grandes fiestas de bodas, fuertes donaciones al ballet o a la nueva ala del hospital.

pequeños pagos individualizados y, al mismo tiempo, concentrar el grueso de los recursos en otra parte. Convierte a las víctimas en agentes de cambios positivos en sus comunidades, con impactos favorables en la dinámica del poder local. En este caso, dicho efecto se fortalece, pues son las víctimas quienes colectivamente deciden qué proyectos tienen prioridad, y estos proyectos se diferencian claramente del gasto gubernamental regular. También crea un mecanismo para una toma de decisiones colectiva que puede sobrevivir al programa de reparaciones, especialmente en comunidades con grandes cantidades de víctimas. Así se maximiza el potencial de las reparaciones colectivas y se minimiza las desventajas.

7. Sistemas de entrega y destinos para las reparaciones

Como se mencionó antes, es probablemente imposible detectar a una escala macro el aporte económico de los programas de reparaciones al desarrollo, si lo hubiera. No obstante, en los niveles comunitario, familiar e individual puede ser significativo el tipo de reparaciones, la forma de suministrar la compensación monetaria o los paquetes de servicio, y la posibilidad de usar hasta sumas modestas de dinero para impulsar la demanda o la capacidad productiva local. Esto es especialmente cierto dado el nivel básico de pobreza de la mayoría de beneficiarios. En esta sección, examinamos algunas de las implicancias del empleo de diferentes modalidades y sistemas de entrega de reparaciones.

7.1. Reparaciones en especie y en efectivo

El impacto de las reparaciones en el desarrollo puede ser distinto en algunos contextos culturales dependiendo de si las reparaciones se hacen como una restitución en especie por pérdidas o mediante pagos en efectivo como compensación. La restitución en especie incluye materiales para vivienda, animales de granja o de pastoreo, semillas e implementos de trabajo y domésticos, tales como azadas y ollas. Si bien los economistas pueden sostener que suministrar bienes en vez de dinero en efectivo es ineficiente[53], hay algunas razones por las que el incrementar la

53 Economistas del bienestar subrayan la habilidad que tienen los beneficiarios que reciben dinero en efectivo de satisfacer un amplio rango de preferencias y los costos administrativos reducidos de los desembolsos en efectivo. Daniel M. Hausman y Michael S. McPherson, “Beware of Economists Bearing Advice”, *Policy Options* 18, n.° 7 (septiembre de 1997): 16-19.

restitución en especie podría tener un impacto distinto tanto en el efecto de la reparación como en el desarrollo a largo plazo.

En primer lugar, los valores simbólicos son diferentes: los bienes de reemplazo son una conexión tangible con lo que se perdió, mientras que el dinero tiene un significado genérico. Esta es la razón por la cual el derecho internacional tradicionalmente está a favor de la restitución siempre que sea posible, y considera la compensación monetaria solo para bienes (y personas) que no pueden ser reemplazados. En segundo lugar, los valores relativos del dinero y de los bienes son diferentes en algunas sociedades. De todos los tipos posibles de reparaciones, el dinero es el más controvertido: en algunos lugares, las reparaciones monetarias por la muerte de un ser amado son consideradas “dinero con sangre”; en otros, el dinero en efectivo se asocia con imposiciones coloniales y con la necesidad de trabajo asalariado. En ciertos lugares, la riqueza y el valor se miden en términos de dinero, mientras que en otros, la riqueza se mide en ganado, cerdos u otros bienes y el valor personal proviene de la entrega de activos a la comunidad y no del acto de guardarlos. En muchas culturas tradicionales no occidentales, las diferentes clases de dinero tienen diferentes usos; se asocia el dinero en efectivo con un trato comercial burdo, mientras que otros productos (*pom*, conchas, ganado y ofrendas, entre otros) son vistos como valiosos para acuerdos contractuales solemnes o en tratos interpersonales importantes[54]. Mientras que, en muchos casos, estas diferencias pueden ser a este punto nada más que residuales, cuando los bienes que están en juego son altamente simbólicos y tienen una carga emocional, ellas pueden ser gravitantes. Así, en Ruanda, las reparaciones que una comunidad le pagaba a otra poco después del genocidio, bajo las nociones tradicionales de la *gacaca*[55],

54 Hay una vasta literatura sobre productos, regalos, monedas y su significado. Véase, por ejemplo, Andrew Strathern y Pamela J. Stewart, “Objects, Relationships and Meanings”, en *Money and Modernity: State and Local Currencies in Melanesia,* David Akin y Joel Robbins, Eds. (Pittsburgh: University of Pittsburgh Press, 1999), hablando sobre los nuer de África del Este: “Los límites de la interconvertibilidad del dinero y del ganado se basan en la idea de que el dinero “no tiene sangre” y que no trae el poder procreador que sí tiene el ganado. El hecho de que los seres humanos y el ganado sí tengan sangre es dado por los nuer como la razón de por qué el ganado puede representar a las personas en intercambios reproductivos (dote o pagos de sangre) como lo hace el cerdo en Nueva Guinea” (cita traducida). Véase también C. A. Gregory, *Gifts and Commodities* (Londres: Academic Press, 1982).

55 No hacemos referencia aquí a la “gacaca legal” creada para que los responsables de bajo nivel rindan cuentas, sino a la versión espontánea que surgió en los años inmediatamente posteriores a 1994.

consistieron en ganado —el indicador tradicional de riqueza en el este de África— y no en efectivo. En Timor Oriental, las reparaciones hechas a la propiedad y al daño personal, según los procedimientos de reparación de la comunidad, incluían lechones o pollos y collares ceremoniales[56].

Al mismo tiempo, la línea que divide las pérdidas personales de las pérdidas de propiedades pueden no ser las mismas en todas las sociedades. En algunos lugares, a los animales domésticos se les pueden considerar seres sensibles, casi como miembros de la familia, mientras que en otros hasta los cultivos y bienes domésticos pueden tener espíritus. Esto es particularmente cierto en la cosmovisión de las culturas indígenas. Así, la pérdida de estas cosas puede sentirse más que la pérdida de una "simple" propiedad. Resulta bastante sorprendente ver en los testimonios de víctimas la cantidad de veces que las personas enumeran pérdidas de cultivos, animales domésticos y herramientas con gran especificidad, inclusive décadas después de que las pérdidas tuvieron lugar, como lo sugiere el testimonio del sobreviviente k'ekchi en la cita que abre este artículo.

En tercer lugar, la restitución en bienes, y no en la forma de compensación, puede cambiar los efectos del pago al interior de una familia y por género. La economía doméstica suele ser el ámbito de las mujeres, mientras que la economía monetaria es el de los hombres. El control sobre los recursos, por tanto, va a depender del ámbito al que pertenezcan, de manera que lo más probable es que la dotación de bienes resida en manos de mujeres. También es probable que los animales domésticos en particular se usen más que el dinero en efectivo para mejorar la nutrición de la familia o para aumentar el flujo de ingresos bajo el control de las mujeres. A su vez, los estudios señalan que es más probable que el ingreso controlado por mujeres se gaste en nutrición y en la educación de los hijos[57].

Es cierto que la restitución en especie puede no ser práctica en las zonas urbanas, ni tampoco tener la misma resonancia en todas las culturas, incluso en las rurales. Pero incluso allí se debe tener cuidado al pensar en formas culturalmente apropiadas y económicamente beneficiosas sobre

56 Véase Patrick Burgess, "A New Approach to Restorative Justice: East Timor's Community Reconciliation Processes", en *Transitional Justice in the Twenty-First Century*, Naomi Roht-Arriaza y Javier Mariezcurrena, Eds. (Nueva York: Cambridge University Press, 2006).

57 Sen, *Development as Freedom*, 195-98.

pagos individuales no monetarios, ya sea que se trate de materiales de construcción o herramientas que proporcionen a las víctimas los medios para vivir con dignidad. También debe pensarse en la naturaleza y el tamaño de los mercados disponibles: si las cosas que más necesita la población no pueden comprarse localmente, los pagos en efectivo pueden terminar beneficiando a las élites urbanas o extranjeras sin crear ningún tipo de efecto multiplicador a nivel local. Hasta pueden reducir la mano de obra local, como cuando las personas usan sus indemnizaciones para mandar a los jóvenes fuera del país como trabajadores migrantes.

7.2. Sistemas de entrega de pagos en efectivo

La mayoría de programas de compensación individual han emitido cheques por el valor total de la compensación prometida. Hay dos alternativas para los pagos únicos: la emisión de bonos y las pensiones periódicas. Como estrategia de distribución de compensaciones, los bonos permiten al Gobierno hacer una declaración temprana de que se cometió un error y que se pagará una reparación, lo que permite amortizar el pago a lo largo de varios años, disminuyendo así el impacto fiscal. Esto le permite a un Gobierno con problemas de liquidez hacer mayores pagos a las víctimas, al menos en principio. Argentina, por ejemplo, les financió pagos relativamente grandes (cercanos a los US$ 224,000 en promedio) a las familias de los desaparecidos emitiéndoles bonos, pagaderos en su totalidad en un período de dieciséis años, en 120 pagos mensuales, incluyendo capital e intereses, luego de un período de gracia de 72 meses[58].

Aunque emitir bonos permite hacer grandes pagos y un importante compromiso temprano de reparación, también crea dos problemas principales: obliga a las víctimas a apostar por la probidad financiera futura del Gobierno y las obliga a esperar mucho tiempo por el pago total. Ambos problemas aparecieron en Argentina, cuando la crisis financiera del 2001 llevó temporalmente a la suspensión del pago de bonos y forzó a muchas víctimas a venderlos en los mercados secundarios por debajo del valor nominal con el fin de obtener el efectivo que necesitaban[59]. Así, los beneficiarios más ricos y más jóvenes pudieron, en la práctica,

58 María José Guembe, “Economic Reparations for Grave Human Rights Violations: The Argentinean Experience”, en *The Handbook*, 40-41.

59 *Ib*.; véase también Marcelo A. Sancinetti y Marcelo Ferrante, *El derecho penal en la protección de los derechos humanos* (Buenos Aires: Hammurabi, 1999).

recibir más que aquellos más pobres, de más edad o con menos fuentes alternativas de fondos.

El programa de reparaciones chileno proporcionó una pensión periódica en lugar de un único pago total a las familias de muertos o desaparecidos[60]. El pago, calculado de acuerdo con el salario promedio de un funcionario, se divide en porcentajes fijos entre la esposa, los padres e hijos del difunto o desaparecido; cada hijo recibe el porcentaje estipulado hasta los 25 años de edad, aun cuando el total excediera el cien por ciento. Puede ser preferible una pensión cuando hay una infraestructura adecuada para distribuirla, ya que cada miembro de la familia podrá obtener algunos ingresos sin correrse el riesgo de que un único pago pueda quedar en poder del más fuerte. Una pensión es también un constante recordatorio del compromiso del Estado de reparar el daño, aun si los montos reales implicados están lejos de bastar para el sostenimiento (como es el caso de Chile). Sin embargo, esto también plantea a las víctimas el riesgo de que el Estado desista de continuar con el pago dejándolas con una recuperación total más reducida. Los pagos periódicos también requieren de una estructura administrativa continua. En países con otros sistemas de pensiones, las pensiones a las víctimas pueden simplemente incorporarse a la administración existente, pero donde tales programas son incipientes o están muy mal dirigidos, las víctimas pueden ser perjudicadas.

A una escala nacional, los montos incluidos en los pagos de reparaciones son relativamente pequeños, pero si en cierta forma estos se concentran regionalmente y son inyectados en zonas con un pobre nivel adquisitivo, podrían tener un impacto a nivel local y regional. Podrían resultar en un breve *boom* de gastos que dure un año o dos, dejando a sus beneficiarios sin mejorar su situación; podrían estimular el aumento de delincuencia contra los beneficiarios, o podrían simplemente proporcionar los medios para que muchos huyan del área y se vuelvan a establecer en los Estados Unidos, Europa o en grandes ciudades. En cualquier caso, el impacto del desarrollo a nivel local será mínimo (excepto, quizá, para estimular finalmente las remesas de emigrantes exitosos)[61]. Por otro lado, las reparaciones en la forma de pequeñas provisiones de

60 Ley 19.123 del 8 de febrero de 1992, citada en Lira, "The Reparations Policy for Human Rights Violations in Chile", 59.

61 Pablo Fajnzylber y J. Humberto López, Eds., *Remittances and Development: Lessons from Latin America* (Washington, D. C.: Banco Mundial, 2008).

dinero concentradas a nivel regional podrían servir como catalizador para la inversión productiva generada localmente, la demanda local y sustentos sostenibles, lo que maximiza el impacto de pequeñas sumas de dinero y permite aprovechar las capacidades locales de manera similar a lo que ocurre con la inyección de microcréditos.

Fomentar un vínculo entre un programa de reparaciones así y el desarrollo sostenible implicaría un proceso de educación, capacitación y planificación en torno a finanzas y oportunidades de pequeña inversión, lo que alienta a los beneficiarios a usar proveedores locales cuando sea posible. También puede implicar que se estimule la creación de mini cooperativas de crédito u otros sistemas bancarios locales (formales o informales) con un capital inicial procedente de los pagos de reparaciones, los cuales podrían otorgar a los beneficiarios tanto el acceso al crédito como a acciones en una empresa potencialmente rentable[62]. Los pagos en efectivo desembolsados como parte de los programas de desarme, desmovilización y reintegración (DDR) incluyen regularmente capacitación tanto en habilidades concretas como en gestión financiera, pero con los programas de reparaciones es poco lo que puede hacerse aparte de, a lo más, abrir una cuenta bancaria para los beneficiarios. Los Gobiernos pueden objetar el hecho de que es paternalista decirles a las personas cómo gastar su dinero, pero esbozar opciones y posibilidades, de hecho, no es lo mismo que ponerle límites coercitivos al gasto[63]. En efecto, cuando se da la opción con la debida anticipación en un proceso de reparaciones, los beneficiarios pueden ver bien las ventajas de una postura centrada en el desarrollo de la comunidad que implique aspectos de gestión financiera.

A la fecha, las actividades productivas constituyen solo una pequeña parte de los planes de reparaciones. En Guatemala, el PNR ha reservado un pequeño fondo para actividades productivas y ha empezado a examinar cómo el programa puede apoyar inversiones en, por ejemplo, energía solar. También tiene un fondo proyectado para mujeres, el cual está estructurado de acuerdo con el modelo de un banco comunal. Las mujeres recibirían montos pequeños (de US$ 300 a US$ 350) para actividades productivas, junto

62 Véase Hans Dieter Seibel y Andrea Armstrong, "Reparations and Microfinance Schemes", en *The Handbook*, 676.

63 El debate sobre si la capacitación en planificación financiera y protección legal debería acompañar las reparaciones individuales o si esto implicaría que a los beneficiarios no se les puede confiar dinero también estuvo presente en Sudáfrica. Véase Christopher J. Colvin, "Overview of the Reparations Program in South Africa", en *The Handbook*, 192.

con clases de alfabetización. El programa aún no está en marcha, a pesar de que varios otros planes (privados) de microcréditos operan al interior de las zonas más golpeadas. Varios de los proyectos de las comunidades peruanas antes referidos consisten en actividades productivas, desde la siembra de pasto y compra de animales de pastoreo hasta centros de artesanía, aunque el mayor énfasis está dado en la estructura básica necesaria para la agricultura y la vida rural. En Sudáfrica, el sector privado del Fondo Empresarial, en colaboración con los Gobiernos locales, proporciona capacitación en habilidades y cofinanciación para el turismo y otros proyectos de producción en comunidades severamente afectadas por el *apartheid*, incluyendo a varias que han recuperado tierras recientemente. Sin embargo, a pesar de que las metas incluyen reconciliación y reconstrucción, el programa es proyectado como un programa de lucha contra la pobreza, en lugar de una iniciativa para reparaciones[64].

7.3. Fondos fiduciarios

Las reparaciones también pueden provenir de un fondo fiduciario creado con el propósito de financiar reparaciones a personas a través de proveedores de servicio o en la forma de proyectos que beneficien a la comunidad. Dado que cualquier programa de reparación requiere de tiempo para asentar sus bases (como mínimo, el tiempo necesario para identificar a las víctimas y proyectos, y para recaudar y distribuir fondos), la implementación de un fondo fiduciario al inicio del proceso de reparaciones promueve al menos cuatro objetivos. Estos objetivos son de interés tanto para los especialistas en desarrollo como para los de justicia transicional.

Primero: establecer un fondo fiduciario da a las víctimas una institución concreta en la cual concentrarse tanto para la defensa como para la rendición de cuentas, y les permite saber que existe un fondo seguro de dinero para las reparaciones. Esto debe fortalecer la demanda de transparencia y responsabilidad con respecto de dicha institución en particular, la cual debe ayudar a la comunidad a definir el proceso de reparaciones y cualquier impacto de desarrollo resultante. Esto está bastante en consonancia con el énfasis de Sen sobre el desarrollo como libertad, el cual aboga por el derecho de una comunidad a definir sus propias metas de desarrollo.

64 Véase la discusión del Programa de Inversiones en Comunidades del Fondo en www.btrust.org.za/index.aspx?_=127&id=9&sid=4.

Segundo: establecer un fondo fiduciario permite la financiación de proyectos pequeños por solicitud, al comprometer a la sociedad civil y a las víctimas a un diálogo sobre cómo las reparaciones se pueden usar mejor en su situación en particular. La participación de los actores de la sociedad civil en un fondo fiduciario como intermediarios puede también fortalecer y promover a la sociedad civil (aunque también puede sembrar la competencia por los fondos y poner en desventaja a las comunidades con menos voz propia). Los representantes de las comunidades sobrevivientes pueden ser incluidos en el ente rector de un fondo fiduciario para servir de nexos con estas comunidades.

Tercero: un fondo fiduciario puede mantener la flexibilidad para financiar tanto las reparaciones colectivas como las individuales, según sea necesario. Como se indicó anteriormente, una perspectiva combinada puede maximizar el impacto de tales programas, tanto en términos de dignificación como en términos de objetivos de desarrollo. Sin un fondo fiduciario, se puede perder esa flexibilidad para ajustarse a la situación local; por ejemplo, en un principio el programa de reparaciones puede definirse como puramente colectivo o puramente individual en su naturaleza.

Cuarto: un fondo fiduciario podría ser financiado y manejado tanto por fuentes y actores nacionales como internacionales, creando la posibilidad de que la comunidad internacional, especialmente cuando se trata de aquellos países que pueden haber tenido alguna conexión con el conflicto, pueda hacer una contribución a las reparaciones para las víctimas. Una cuota de supervisión internacional puede ser también particularmente útil cuando las estructuras internas del Gobierno son débiles. Un gran desafío para cualquier fondo fiduciario, como para cualquier programa de reparaciones, será el de asegurar que haya suficiente financiación para que cumpla su mandato. Poco éxito han tenido, hasta la fecha, en atraer fuentes suficientes de capital una serie de fondos fiduciarios creados por los Gobiernos[65]. Sin embargo, la figura del fondo fiduciario puede a veces resultar útil en canalizar recursos desde una amplia diversidad de fuentes.

Un ejemplo destacado de fondo fiduciario es el Fondo Fiduciario en Beneficio de las Víctimas (FFBV) de la Corte Penal Internacional, el cual, a pesar de estar conectado con un tribunal, puede proporcionar un modelo

65 Alexander Segovia, "Financing Reparations Programs: Reflections from International Experience", en *The Handbook*.

útil para fondos fiduciarios en otras situaciones[66]. El FFBV fue establecido por la Asamblea de los Estados Partes de la CPI en septiembre del 2002[67], como lo estipula el artículo 79 del Estatuto de Roma, que ordena que se establezca un fondo fiduciario en beneficio de las víctimas de crímenes de la competencia de la Corte y de sus familias. El FFBV está, por tanto, limitado al servicio de las víctimas de genocidio, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad. Las víctimas, en este caso, pueden incluir tanto a organizaciones e instituciones como a personas[68]. El FFBV tiene dos mandatos: el primero, proporcionar reparaciones a las víctimas que participan en casos ante la corte tras sentencia condenatoria; y el segundo, utilizar "otros recursos" para proporcionar asistencia provisional a las comunidades afectadas, también por crímenes dentro de la jurisdicción de la corte. El FFBV puede recibir multas y decomisos de las personas convictas, pero también puede recibir fondos de, entre otras fuentes, contribuciones voluntarias de los Gobiernos, organizaciones internacionales, personas, corporaciones y otras entidades[69].

El FFBV no puede asumir proyectos que predeterminen algún problema ante la corte, perjudique los derechos del acusado o afecte cualquier aspecto relacionado con la participación de las víctimas en la situación, y debe recibir la aprobación de la sala pertinente para sus actividades[70]. No obstante, el fondo se maneja con discreción en cuanto a la manera en que se debería ejecutar el segundo mandato y ha decidido enfocarse en proyectos de rehabilitación física, rehabilitación psicológica y apoyo material. Los proyectos se seleccionan a partir de las propuestas presentadas por la secretaría del FFBV, en un proceso cada vez más formalizado, y son realizados por socios locales, usualmente agrupaciones de la sociedad civil. A pesar de que la labor del FFBV está en sus inicios, se espera que sus proyectos en la República Democrática del Congo y

66 Véase también el ejemplo del Fondo Especial para las Víctimas de Guerra de Sierra Leona.

67 Información sobre el FFBV en www.iccnow.org/?mod=vtfbackground.

68 Estatuto de Roma, Reglas de Procedimiento y Evidencia, regla 85.

69 Resolución ICC-ASP/1/Res.6.

70 La regulación 50 exige que la junta notifique a la Corte y que espere una respuesta de la sala pertinente o la expiración del requisito del plazo de tiempo antes de emprender un proyecto. Véase, por ejemplo, los expedientes hechos en las situaciones de la República Democrática del Congo y Uganda: www.redress.org/reports/2008%20March%20April%20Legal%20Update.pdf; www.icccpi.int/iccdocs/doc/doc470235.PDF; www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc459788.PDF.

en Uganda incluyan programas de microcrédito dirigidos a reintegrar y apoyar a las víctimas de violación y violencia sexual, y mutilación física, así como también formación profesional y asesoramiento[71].

Como se señaló anteriormente, con un fondo fiduciario los promotores privados pueden participar en la financiación de las reparaciones, lo cual puede ser especialmente oportuno cuando se puede establecer una relación entre los altos márgenes de ganancia y los orígenes o la continuación del conflicto. Existen algunos antecedentes en el financiamiento privado de reparaciones, aunque la mayoría de ejemplos se destacan por la renuencia de actores privados a adoptar alguna medida que pueda interpretarse como una forma de admitir culpabilidad por daños a las víctimas. La CVR sudafricana recomendó que el sector privado realizara un pago único sobre la base del ingreso corporativo y una donación del uno por ciento de la capitalización de mercado de las empresas estatales, un pago retroactivo en las ganancias corporativas, y un "impuesto a la riqueza" para subsanar las ganancias excedentes generadas por los sueldos de la época del *apartheid* y por las restricciones al sector laboral. Pero el sector privado rechazó esta propuesta; aunque, como se dijo antes, el Fondo Empresarial ha suministrado fondos a las comunidades más afectadas sin llamar a estos "reparaciones"[72]. El PIR peruano es financiado en parte por el óbolo minero, una contribución voluntaria del tres por ciento de las ganancias netas hecha por las compañías mineras al Gobierno, pero este no está específicamente ligado a las reparaciones y cuenta con muchos demandantes; el impuesto a las sobreganancias mineras en Perú fue rechazado. Los fondos privados pueden provenir también del seguimiento y confiscación de activos de los perpetradores y de las ganancias ilícitas de exlíderes. El PIR peruano también se financia parcialmente (quince millones de nuevos soles para 2007, aproximadamente US$ 4'745,334) desde una reserva especial creada para guardar fondos recuperados de exfuncionarios del Gobierno acusados de malversación[73]. Sin embargo, hay múltiples demandas sobre los activos de esa reserva y una vez que los activos actuales se agoten, es incierto de dónde vendrán más.

71 "Trust Fund for Victims Program Overview", 2008. Este documento lo tienen los autores.

72 Colvin, "Overview of the Reparations Program in South Africa", 209.

73 El Fondo Especial de Administración de Dinero Obtenido Ilícitamente a Perjuicio del Estado (FEDEDOI) guarda fondos recuperados del expresidente Alberto Fujimori y sus funcionarios. De acuerdo con la Comisión Nacional de Derechos Humanos, fue usado para el PIR. Informe CCDDHH 2006, citando al Proyecto de Ley 110-2006-PE.

8. Las reparaciones y la comunidad internacional para el desarrollo

Para cumplir con su función expresiva y simbólica, las reparaciones deben provenir principalmente de las partes responsables de las violaciones cometidas. De esta manera, es importante que, en los casos de violaciones de los derechos humanos auspiciadas por el Estado, las reparaciones provengan del Estado y no de organismos externos. Sin embargo, esto no significa que las IFI, agencias de ayuda y actores privados no tengan un rol. Como entidades financiadoras que son, ellas proveen fondos y asistencia técnica que pueden determinar qué iniciativas post conflicto son implementadas, ya sea a través de la comunidad internacional directamente o por socios locales con asistencia internacional. Las iniciativas tomadas por la justicia transicional, en la forma de procesos judiciales, búsqueda de la verdad y, en especial, reforma del sector seguridad y programas DDR, han dependido en gran medida del apoyo externo y de los fondos de entidades financiadoras bilaterales y multilaterales.

Los programas de reparaciones se han beneficiado también del apoyo externo, pero en un grado mucho menor. En parte, esto se debe a que es difícil mostrar en un programa de reparaciones los plazos necesarios de recuperación favorables y la rentabilidad de las inversiones, puesto que se concentran en valores intangibles tales como la dignificación y la inclusión. Sin embargo, al mismo tiempo puede haber riesgos, especialmente con las grandes entidades financieras multilaterales, cuando se permite que la base conceptual o la aplicación práctica de proyectos de reparaciones esté muy estrechamente vinculada o dependa de otras agendas del agente financiador en cuestión. Los sesgos propios de la cultura, la especialización y la misión de estas instituciones pueden conducir a una atención excesiva en los aspectos monetarios de los programas o a la imposición de una forma no realista de evaluación costo-beneficio. Es más, al implementar sus otras agendas, las entidades financiadoras también pueden hacer más difíciles los programas de reparaciones: el poner mucha atención a la disminución de los déficit presupuestales y de las planillas estatales para satisfacer el ajuste estructural impuesto externamente, por ejemplo, puede minar la habilidad del Gobierno para financiar cualquier clase de esquema reparativo.

Por otro lado, la comprensión de posibilidades y propósitos de los programas de reparaciones entre las entidades financiadoras puede vencer oposiciones y liberar recursos para dichos programas. Para las IFI —y el

Banco Mundial en particular—, la tendencia parece ser un incremento en su labor post conflicto, y el apoyo a los programas de reparaciones podría en teoría formar parte de esta creciente agenda post conflicto[74]. Sin embargo, varios de los que participaron de las actividades del Banco Mundial están de acuerdo en que, al menos hasta ahora, los proyectos de reparaciones han estado, mayormente, fuera de la atención del Banco. En parte es porque poco se sabe acerca de cómo los programas de reparaciones han funcionado y podrían funcionar fuera del contexto de la Alemania de postguerra y, por tanto, existe la impresión de que tales programas son un lujo que los países pobres no pueden permitirse. Adicionalmente, los programas de reparaciones parecen innecesariamente políticos: ¿por qué correr el riesgo de exacerbar tensiones entre los beneficiarios y aquellos excluidos, o parecer que se toma partido en el conflicto pasado, cuando el problema puede evitarse denominando la provisión de recursos a los afectados "asistencia a la víctima" en lugar de "reparaciones"? Una clara explicación de la lógica detrás de los programas de reparaciones y la diferencia entre los resarcimientos por daños ordenados por una corte y los tipos de reparaciones posibles después de un conflicto masivo ayudaría a llenar el vacío entre los especialistas en justicia transicional y el personal del Banco Mundial, con la esperanza de que al cabo del tiempo los actores económicos admitan y apoyen los esfuerzos para las reparaciones juntamente con la ayuda a las víctimas.

Al mismo tiempo, si bien la mayoría de las entidades donantes han sido lentas en proveer de material importante o apoyo técnico a los programas de reparaciones en un escenario de post conflicto, ellas sí han proporcionado un apoyo significativo a los programas DDR y a la reforma del sector seguridad. Las entidades donantes justifican este enfoque destacando la reintegración de excombatientes y la tarea de sacar las armas de la circulación como un tema de seguridad, lo cual ha demostrado tener importantes implicancias para la estabilidad de la sociedad y de la economía. Un estudio reciente sobre patrones de ayuda después del conflicto en Ruanda y Guatemala mostró que, durante el período en cuestión de once años, la reforma del sector seguridad, incluyendo los programas DDR, recibió la mayor parte de la ayuda que estaba destinada a medidas de justicia transicional —mayor ayuda que aquella destinada a procesos

74 Banco Mundial, "The Role of the World Bank in Conflict and Development: An Evolving Agenda", sin fecha, 9, web.worldbank.org/servlets/ecr?contentmdk=20482342&sitepk=4 07546.

penales, comisiones de la verdad, mecanismos de justicia tradicional o reparaciones—[75]. Sin embargo, no queda claro que este énfasis tan marcado en los programas DDR, posiblemente en detrimento de otros enfoques, sea el mejor medio para estabilizar la sociedad y la economía.

Si bien hay beneficios para las entidades donantes que asumen los programas DDR, también hay tensiones si no se asume simultáneamente la demanda por reparaciones. Los programas DDR operan a menudo mediante la creación de incentivos para que los excombatientes entreguen sus armas y se reintegren a la sociedad en un rol no militar. Sin embargo, las reparaciones, al no hallarse encuadradas en términos de seguridad, pueden postergarse por meses, si no por años, después de un conflicto. Esto puede crear la percepción de que a combatientes o perpetradores se les va a compensar y otorgar beneficios sociales, mientras que las víctimas podrían no recibir nada. Es difícil avanzar hacia los objetivos ya sea de reconciliación o de (re)integración social o hacia el fin de la exclusión de grupos marginados sin brindar una mejor atención a este desequilibrio. Efectivamente, como lo ha observado De Greiff, algunos esfuerzos de DDR han empezado a hacer eco en un plano retórico de esta crítica al hacer notar el amplio contexto en el que operan, a la vez que mantienen el objetivo principal de promover la seguridad[76]. Pero si bien los programas DDR y los programas de reparaciones trabajan con diferentes poblaciones —combatientes y víctimas—, también comparten ciertos retos similares. Ambos tipos de programas deben, por ejemplo, definir beneficiarios, beneficios y las metas del programa.

Las agendas de los programas de reparaciones y de las agencias de desarrollo se superponen durante el período de planificación y programación una vez que un conflicto ha terminado, cuando hay oportunidad de que las entidades financiadoras entiendan en qué medida los fondos nacionales deben ser comprometidos con programas de reparación y cuando se puede pedir cuentas a los Gobiernos por las promesas de establecer iniciativas de reparaciones. Las agencias bilaterales y el PNUD han brindado apoyo

75 Ingrid Samset, Stina Petersen y Vibeke Wang, "Foreign Aid to Transitional Justice: The Cases of Rwanda and Guatemala, 1995-2005", en Kai Ambos, Judith Large y Marieke Wierda, Eds., *Building a Future on Peace and Justice: Studies on Transitional Justice, Peace and Development* (Heidelberg: Springer, 2009).

76 Pablo de Greiff, "DDR and Reparations: Establishing Links Between Peace and Justice Instruments", en *Building a Future on Peace and Justice: Studies on Transitional Justice, Peace and Development: The Nuremberg Declaration on Peace and Justice*, Kai Ambos, Judith Large y Marieke Wierda, Eds. (Heidelberg: Springer, 2009).

significativo a las iniciativas que buscan reparaciones dentro del contexto de apoyo a la justicia transicional en general. Sin embargo, en términos de porcentaje de la ayuda global al desarrollo, el apoyo a la justicia transicional ha sido menor —en el estudio antes mencionado sobre los casos de Ruanda y Guatemala, la ayuda hacia todo tipo de justicia transicional fue cerca del cinco por ciento del total de la ayuda para el desarrollo—[77]. Cerca del veinte por ciento de toda la ayuda a la justicia transicional en Guatemala fue destinado a reparaciones —salud mental, exhumaciones y asistencia para instalar el PNR— mientras que en Ruanda la cifra fue de cinco por ciento y se usó en el programa de apoyo a la salud mental, museos y espacios conmemorativos.

Además, el PNUD ha servido en ciertas ocasiones como vehículo administrativo para los fondos nacionales e internacionales relacionados con las reparaciones[78]. Junto con la agencia de cooperación alemana GTZ, el PNUD ha participado en la conceptualización del programa de reparaciones de Guatemala y en especial en aspectos psicosociales del trabajo con las comunidades más afectadas[79]. El PNUD identifica los programas de reparaciones como uno de los "cuatro pilares" de la justicia transicional y reconoce como reparaciones tanto las medidas financieras como las no financieras. En la práctica, sin embargo, el PNUD no pone programas en marcha, sino que responde a las peticiones del Gobierno. Si un programa de reparaciones ha sido incluido, por ejemplo, en un acuerdo de paz o en las recomendaciones de una comisión oficial de la verdad, el PNUD puede hacer un seguimiento; pero en otros casos se limita a servir

77 Samset, Petersen y Wang, "Maintaining the Process?" 13.

78 El PNUD se encarga de una gama más amplia de actividades de apoyo en el campo de la justicia transicional —coordinación, gestión de programa e implementación, análisis de la situación y evaluaciones de las necesidades, facilitación de los procesos de diálogo nacionales, asistencia técnica y gestión de fondos, desarrollo de la capacidad y gestión de la información—. Entre los ejemplos del apoyo del PNUD a la justicia transicional se incluye el apoyo a la Comisión para la Recepción, Verdad y Reconciliación de Timor Oriental, un papel en la creación de la Comisión de la Verdad y Reconciliación de Sierra Leona, y el apoyo a la Comisión de la Verdad y Reconciliación en Perú, donde el PNUD actuó como canal para encontrar financiadores. El PNUD también participó en la Comisión para la Clarificación Histórica de Guatemala, y fue clave en el financiamiento del apoyo psicosocial en el contexto de las exhumaciones y en mantener vivo el PNR de Guatemala cuando el banco que guardaba los fondos del programa se derrumbó en el 2006. Oficina del PNUD de Prevención y Recuperación de Crisis, "UNDP and Transitional Justice: An Overview", enero de 2006, 5-8.

79 Informe de la Evaluación Conjunta del Programa Nacional de Resarcimiento y de los Programas de Apoyo al PNR de GTZ y PNUD, Guatemala, 14 de diciembre de 2007, www.berghof-peacesupport.org/publications/Informe%20final%20ec%20pnr.pdf.

como un “intermediario honesto” con fuertes conexiones gubernamentales en el proceso de diálogo entre el Gobierno y la sociedad civil.

La contribución más importante que los agentes internacionales de desarrollo podrían hacer para crear programas de reparaciones viables sería que las reparaciones fueran tomadas en consideración en el debate preliminar del presupuesto estatal para los años inmediatamente posteriores al conflicto armado. El establecer una instancia de discusión de reparaciones en el momento en que se negocian los acuerdos de paz o los planes iniciales de Gobierno permitiría, por ejemplo, que las reparaciones formen parte de la estructura de asistencia del PNUD, lo cual a su vez posibilitaría hacer un seguimiento y haría más difícil que los Gobiernos usaran la excusa de una imposibilidad presupuestal para no implementar una reparación. En la medida en que los agentes de desarrollo jueguen un papel en los acuerdos de paz y en los planes preliminares de Gobierno, estos garantizarán que las reparaciones sean, al menos, una posibilidad viable.

9. Conclusiones y recomendaciones

Es mediante un enfoque de desarrollo centrado en capacidades y de abajo hacia arriba como se puede lograr una conexión más fuerte con la justicia transicional, en general, y con los programas de reparaciones, en particular. En términos muy generales, las reparaciones, al igual que el desarrollo, son un proceso, no un bien que se entrega. El mayor determinante del éxito es cómo se hacen las cosas —esto es, si la discusión y la entrega de reparaciones están establecidas de un modo que permitan que las metas de reconocimiento, respeto, restauración de la dignidad e interés cívico en el mejoramiento de las vidas sea una realidad sentida para los sobrevivientes—.

Un programa de reparaciones bien diseñado e implementado puede tener efectos derivados y continuados que impacten en el desarrollo en un plazo más largo. Tal programa puede ayudar a crear un cambio sostenible y culturalmente relevante al plantear tanto las raíces del problema como las necesidades inmediatas de los sobrevivientes. Las reparaciones pueden jugar un rol importante al cambiar la relación de los ciudadanos con el Estado, en fortalecer la confianza ciudadana y en crear un mínimo de condiciones para que las víctimas contribuyan a construir una nueva sociedad. Al mismo tiempo, los recursos —humanos, institucionales y financieros— disponibles para las reparaciones, obviamente varían dependiendo del nivel de desarrollo. Si bien los dos

procesos son diferentes y no deberían combinarse o fundirse, hay una serie de formas en las cuales puedan fortalecerse y complementarse unos con otros. En efecto, se debería tomar las previsiones para que los programas de reparaciones *complementen* los esfuerzos por el desarrollo (y funciones afines al Estado) en lugar de *duplicarlos*.

Para los expertos en desarrollo, sobre todo aquellos de las agencias de ayuda y las IFI, las necesidades y el contorno de un programa de reparaciones debe ser considerarlo tempranamente, en las primeras reuniones de donantes o durante las negociaciones para un futuro Gobierno tras un conflicto armado. Los Gobiernos necesitan considerar tanto el presupuesto como la especificidad de la programación lo más temprano posible. Aquellos que financian los programas de DDR deberían simultáneamente pensar en financiar reparaciones. Tanto para los programas de DDR como para los programas de reparaciones, si una persona recibe dinero en efectivo, debería también recibir cierta capacitación en presupuesto e inversión, e invertir de manera que se pueda maximizar una ganancia a largo plazo. Los expertos en justicia transicional necesitan comprender mejor el proceso financiador y conversar con los bancos, Gobiernos y financiadores lo más temprano posible para influir en las asignaciones del presupuesto por un período de planificación de entre tres a cinco años. La reconstrucción post conflicto y la planificación inicial del desarrollo económico coinciden con el plazo en que se están negociando las reparaciones para las víctimas del conflicto —después de que acabe la primera emergencia y ayuda humanitaria, pero antes de que se establezca una fase de “tiempos normales”—. La falta de una adecuada dotación y secuencia ha implicado que muchos programas de reparación solo aparezcan casi veinte años o más después del fin de las violaciones que debían de atender, cuando su efecto tanto material como simbólico se ha atenuado. Sin embargo, es posible que no se pueda evitar demoras y que las reparaciones deban ser concebidas como un esfuerzo multigeneracional que tome en cuenta los efectos multigeneracionales del trauma[80]. De esa manera, las reparaciones para la primera generación podrían centrarse en reconstruir su forma de sustento, asistencia psicosocial y médica, y dignificación, mientras que para la segunda y tercera generaciones sería adecuado atender la educación y el *empoderamiento*.

80 Para una discusión sobre los efectos multigeneracionales del genocidio, la represión y otros traumas, véase Yael Danieli, Ed., *International Handbook of Multigenerational Legacies of Trauma* (Nueva York: Springer, 1998).

Tanto las reparaciones colectivas como las individuales pueden contribuir o no a la dignidad. Las reparaciones colectivas no deberían ser rechazadas automáticamente por los grupos de derechos humanos y las ONG. Más bien, deberían diseñarse con el fin de maximizar tanto la percepción de que las víctimas están contribuyendo a su comunidad como la habilidad de las agrupaciones de víctimas y sobrevivientes para establecer prioridades en el gasto social. Si bien las reparaciones son importantes, ellas no tienen por qué consistir totalmente ni en gran parte en una única asignación de dinero en efectivo. La restitución en especie, particularmente mediante animales domésticos, materiales de vivienda, semillas y herramientas, puede tener efectos más positivos en comunidades rurales. En sentido inverso, las reparaciones deben tener por lo menos algún componente individualizado para alcanzar sus metas —la prestación de servicios básicos, al margen de cuánta sea la necesidad y qué tan bien se realice, no cumplirá las mismas funciones—.

En este contexto, aquellos que diseñen programas de reparaciones deben hacer el esfuerzo consciente de reequilibrar el poder después de un proceso de victimización *empoderando* a los sobrevivientes y sus descendientes para moldear el proceso de reparación y hacerlo suyo. Aquellos afectados por la violencia deberían, idealmente, ser agentes y verse a sí mismos como agentes de un cambio positivo, con la capacidad de organizarse para resolver problemas compartidos.

Los Estados que estén planeando programas de reparaciones deberían pensar que la prestación del servicio no duplica servicios existentes sino que más bien los mejora para todos, a la vez que proporciona ayuda complementaria, y a la medida de sus necesidades, a víctimas y sobrevivientes. También se debe maximizar la habilidad de dichos programas, cuando sea necesario, para integrarse en el Gobierno (y en el presupuesto) ordinario. Se debería usar proveedores de ONG, cuando sea necesario, para infundir nuevos conocimientos y energía a los programas en las áreas de salud mental de la comunidad, exhumaciones/medicina forense o presupuesto participativo, por ejemplo.

Las reparaciones no pueden, ni deben, reemplazar estrategias de desarrollo a largo plazo. Pero sí pueden diseñarse para que sean el primer rostro estatal “amigable hacia las víctimas”, lo cual creará hábitos de confianza y de posesión de derechos entre la población meta y preparará el escenario para una interacción a largo plazo más positiva entre el Estado y un grupo considerable de sus ciudadanos.

COLABORADORES

Cristián Correa

Asociado principal del Centro Internacional para la Justicia Transicional, en Nueva York, en el área de reparaciones, presta asesoría a organizaciones de víctimas, organismos de la sociedad civil y gobiernos en procesos de definición o implementación de programas de reparación a víctimas de violaciones masivas de derechos humanos. Ha trabajado en Perú, Colombia, México, Guatemala, Sierra Leona, Liberia, la antigua Yugoslavia, Nepal y Timor Oriental. Anteriormente fue consejero jurídico de la Comisión Asesora de Derechos Humanos de la Presidencia de la República de Chile. También fue asesor legal y secretario de la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura. Finalizada la labor de dicha Comisión, se hizo cargo de coordinar la implementación de las medidas de reparación establecidas a partir de las recomendaciones de esta. Es abogado graduado en la Pontificia Universidad Católica de Chile y magíster de Estudios Internacionales de Paz por la Universidad de Notre Dame, (Estados Unidos).

Eduardo González Cueva

Sociólogo, es director del Programa de Verdad y Memoria del Centro Internacional para la Justicia Transicional de Nueva York. Trabajó en la organización y el desarrollo de la Comisión de la Verdad y Reconciliación de Perú, donde fue responsable de la Unidad de Audiencias Públicas y miembro del comité editorial del Informe Final. Anteriormente trabajó en la promoción del establecimiento de la Corte Penal Internacional. Ha asesorado a comisiones de la verdad en diversos países. Ha publicado diversos artículos y capítulos de libros sobre derechos humanos y comisiones de la verdad como “The Peruvian Truth and Reconciliation Commission and the Challenge of Impunity” en Roht-Arriza, Naomi y Mariezcurrena, Javier (eds.).*Transitional Justice in the Twenty-First Century. Beyond Truth versus Justice* (2006) y es autor del *blog* La Torre de Marfil.

Elizabeth Salmón

Profesora de la Facultad de Derecho y coordinadora de la Maestría de Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Directora del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la misma universidad. Es doctora en Derecho Internacional por la Universidad de Sevilla, España, y autora de diversas publicaciones sobre derecho internacional público, derecho internacional de los derechos humanos, derecho penal internacional, derecho internacional humanitario y justicia transicional. Ha sido consultora del Ministerio de Justicia y del Ministerio de Defensa de Perú, así como de la Comisión de la Verdad y Reconciliación, también en Perú. Asimismo, ha brindado asesoría a las Naciones Unidas y al Comité International de la Cruz Roja. Es profesora visitante de la Universidad de Burdeos, en Francia, y de la Universidad del Externado, en Colombia. Es miembro del comité editorial de la *Revista Internacional de la Cruz Roja.*

Félix Reátegui

Sociólogo y profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Fue miembro del equipo técnico de la Comisión de la Verdad y Reconciliación de Perú, donde trabajó como jefe del comité editorial del Informe Final. Actualmente es coordinador de investigaciones del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Como consultor con el Centro Internacional para la Justicia Transicional ha brindado asesoría a iniciativas oficiales y no oficiales de verdad y memoria en Colombia.

Jo-Marie Burt

Doctora y magíster por la Universidad de Columbia; se graduó en el College of the Holy Cross. Es profesora de Ciencia Política en la Universidad George Mason, donde ocupa el cargo de codirectora del Centro de Estudios Globales. Es asesora de la Washington Office for Latin America (WOLA). Ha trabajado con diversas organizaciones de derechos humanos en América Latina y en Estados Unidos, incluyendo la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos de Perú y el Instituto de Defensa Legal. Entre el 2002 y el 2003 trabajó como investigadora de la Comisión de la Verdad y Reconciliación de Perú. En representación de WOLA fue observadora internacional en el juicio al ex presidente peruano Alberto Fujimori. En el 2010 fue profesora visitante de la cátedra "Alberto Flores Galindo" en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Actualmente dirige un proyecto de investigación sobre los esfuerzos por procesar a quienes cometieron graves violaciones de derechos humanos durante el conflicto armado en Perú. Es autora de numerosas publicaciones. Sus investigaciones incluyen estudios de ciencia política, poder estatal, derechos humanos, justicia transicional y movimientos sociales en América Latina.

Juan E. Méndez

Profesor visitante del Washington College of Law de la American University. Desde el 2010 es relator especial para la prevención de la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes de la ONU. Es vicedirector del Human Rights Institute of the International Bar Association y autor, junto con Marjorie Wentworth, del libro *Taking a Stand*, publicado en el 2011. Ha sido consejero de la Corte Penal Internacional sobre prevención de crímenes. Fue presidente del Centro Internacional para la Justicia Transicional, en Nueva York, hasta mayo de 2009 y Scholar-in-Residence en la Fundación Ford en Nueva York en el 2009. Durante su presidencia en el ICTJ fue nombrado por Kofi Annan consejero especial para la prevención del genocidio (2004-2007). Entre el 2000 y el 2003 fue miembro de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA, de la que fue presidente en el 2002. Ha sido profesor de Derecho Internacional y Derechos Humanos en la Universidad de Oxford, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Notre Dame (Estados Unidos) y de la School of Advanced International Studies de la Universidad Johns Hopkins. Trabajó en Human Rights Watch en Washington y en Nueva York (1982-1996) y también como director ejecutivo del Instituto Interamericano de Derechos Humanos en San José, Costa Rica (1996-1999).

Katharine Orlovsky

Asesora jurídica de la Iniciativa de Mujeres por la Justicia de Género. Es doctora en Derecho por el Hastings College of the Law de la Universidad de California; magíster en Derecho por la School of Oriental and African Studies de la Universidad de Londres. Se desempeña en actividades de observación para la independencia y efectividad de la Corte Penal Internacional. Ha sido consultora de diversas ONG internacionales en La Haya, Bruselas y Camboya, así como en el Centro Internacional para la Justicia Transicional, la Coalición para la Corte Penal Internacional y Human Rights Watch.

Ludmila da Silva Catela

Doctora en Antropología Cultural y magíster en Sociología por la Universidad Federal de Río de Janeiro. Profesora e investigadora de la Universidad Nacional de Córdoba. Investigadora del CONICET en el Museo de Antropología-UNC. Es autora del libro *No habrá flores en la tumba del pasado. La experiencia de reconstrucción del mundo de familiares desaparecidos* (2001). Ha editado el libro con textos de Michael Pollak titulado *Memoria, olvido, silencio. La producción social de identidades frente a situaciones límite.* (2006). Ha compilado con Elizabeth Jelin *Los archivos de la represión: documentos, memoria y verdad* (2002). Con Elizabeth Jelin y Mariana Giordano compiló también *Fotografía, memoria e identidad* (2010). Ha publicado diversos artículos en revistas y capítulos de libros sobre temas de violencia, situaciones límite y memoria. Actualmente es directora del Archivo Provincial de la Memoria de Córdoba, en Argentina.

Marcelo D. Torelly

Es coordinador general de Memoria Histórica de la Comisión de Amnistía del Ministerio de Justicia y también director nacional del Programa "Cooperación para el intercambio internacional, el desarrollo y la ampliación de las políticas de Justicia Transicional en Brasil" de la Comisión de Amnistía del Ministerio de Justicia y del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). Coordinador general de la *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*. Miembro del Comité para la Creación del Memorial de la Amnistía Política de Brasil, del Comité de Educación en Derechos Humanos de la Secretaría de Derechos Humanos de la Presidencia de la República y del Consejo Consultivo del Proyecto "Memorias Reveladas del Archivo Nacional". Integró el grupo de trabajo que propuso el proyecto de ley de acceso a la información en Brasil (Ley 12.527/011). En el 2010, editó el libro *Repressão e Memória Política no Contexto Ibero-Brasileiro* junto con Boaventura de Sousa Santos, Paulo Abrão y Cecília MacDowell. En el 2011, junto con Leigh Payne y Paulo Abrão, editó también *A Anistiana Era da Responsabilização: O Brasil em perspective internacional e comparada*. Es magíster y doctorando en Derecho por la Universidad de Brasilia y ha estudiado también en la Universidad de Chile, en la Universidad Pablo de Olavide, en España, y en la Pontificia Universidad Católica de Rio Grande do Sul (PUCRS).

Naomi Roht-Arriaza

Profesora de Derecho en la Universidad de California, Hastings College of the Law. Es autora de *Impunity and Human rights in International Law and Practice* (1995), *The Pinochet Effect: Transnational Justice in the Age of Human Rights* (2005) y, con Javier Mariezcurrena, de *Transitional Justice in the Twenty-First Century* (2006). Escribe extensamente sobre asuntos de justicia transicional, reparaciones y jurisdicción universal. Ha trabajado en diversos países de América Latina.

Pablo de Greiff

Director de investigaciones del Centro Internacional para la Justicia Transicional en Nueva York. Es doctor por la Universidad Northwestern y graduado por la Universidad de Yale. Ha sido profesor asociado del Departamento de Filosofía de la Universidad del Estado de Nueva York, en Buffalo, y Laurance S. Rockefeller Fellow del Center for Human Values, en la Universidad de Princeton. Ha dado numerosas conferencias en diversas universidades como Yale, Harvard, Columbia, Cornell, NYU, European University Institute, además de otras universidades en Europa y América Latina. Ha publicado numerosos artículos sobre transiciones a la democracia, teoría de la democracia y la relación entre moral, política y derecho. Es miembro del consejo editorial del *International Journal of Transitional Justice* y de varias series editoriales sobre el mismo tema. Ha sido editor de más de diez libros, entre ellos *The Handbook of Reparations* (2006). De Greiff contribuyó a la elaboración del *Informe final de la iniciativa de Estocolmo sobre desarme, desmovilización y reintegración* y ha redactado los *Instrumentos del Estado de derecho para sociedades post conflicto:*

programas de reparaciones (2008) de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. También ha sido asesor del Banco Mundial en el proceso de elaboración del *Informe sobre el desarrollo mundial 2011: conflicto, seguridad y desarrollo.*

Paige Arthur

Doctora en Historia por la Universidad de California, en Berkeley. Es consultora independiente sobre temas de derechos humanos, justicia transicional, gobernanza democrática, construcción de la paz y política poscolonial. Trabajó durante cinco años en el Centro Internacional para la Justicia Transicional, en Nueva York, como subdirectora de Desarrollo Institucional. En ese cargo, condujo iniciativas del ICTJ para evaluar su impacto y mejorar la efectividad de su trabajo. También fue subdirectora de Investigación. Anteriormente, se desempeñó como editora y *Official Senior* del Programa del Carnegie Council for Ethics in International Affairs. Es editora de *Identities in Transition: Challenges for Transitional Justice in Divided Societies* (2010) y autora de *Unfinished Projects: Decolonization and the Philosophy of Jean-Paul Sartre* (2010).

Pamela Pereira

Como procuradora chilena, litigó en diversas demandas en favor de las víctimas de violaciones de derechos humanos cometidas durante la dictadura de Augusto Pinochet. Se formó en Derecho en la Universidad de Chile, donde enseña Medicina Legal desde 1994; también es profesora de Derecho Penal en la Universidad Andrés Bello. Actualmente es defensora pública en la Unidad de Corte de la Defensoría Penal Pública de Chile. En enero de 2010, fue designada por el Senado de Chile para integrar el Instituto Nacional de Derechos Humanos.

Paul van Zyl

Director ejecutivo de Peace Ventures. Fue secretario ejecutivo de la Comisión de la Verdad y la Reconciliación de Sudáfrica entre 1995 y 1998. Fue cofundador y vicepresidente del Centro Internacional para la Justicia Transicional, en Nueva York. Ha sido reconocido por su trabajo para la protección de los derechos humanos y la promoción de la paz. Recibió la distinción *Skoll Award for Social Entrepreneurship* en el 2009, junto con Juan Méndez, expresidente del ICTJ, por su enfoque pionero del cambio social por medio de la justicia de transición. Es miembro del Monitor Talent Network y del Consejo para una Agenda Global sobre Estados Frágiles del Foro Económico Mundial. Fue investigador de la Comisión Goldstone y jefe de departamento del Centro para el Estudio de la Violencia y la Reconciliación en Johanesburgo. Es director del Programa de Justicia de Transición de la Facultad de Derecho de la Universidad de Nueva York y es profesor de Derecho en Nueva York y Singapur. Se graduó en Derecho por la Universidad de Witwatersrand de Johanesburgo y es magíster en Derecho Internacional por la Universidad de Leiden, en Holanda.

Paulo Abrão

Secretario nacional de justicia del gobierno de la presidenta Dilma Rousseff y presidente de la Comisión de Amnistía del Ministerio de Justicia de Brasil durante los gobiernos de los presidentes Lula y Dilma Rousseff. Es doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Río de Janeiro y magíster en Derecho por la Unisinos. Es especialista en derechos humanos y en procesos de democratización por la Universidad de Chile. Es profesor titular de la Pontificia Universidad Católica de Río Grande del Sur (PUCRS) y profesor invitado del programa de Maestría en Derecho de la Universidad Católica de Brasilia. También es docente en el programa de Maestría/Doctorado en Derechos Humanos, Interculturalidad y Desarrollo de la Universidad Pablo de Olavide - Universidad de Andalucía en Sevilla, España. Fue miembro del grupo de trabajo de la Presidencia de la República para la elaboración

del proyecto de ley para la creación de la Comisión Nacional de la Verdad (2009). Integró la Misión Brasileña sobre la Ley de Amnistía vinculada a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos (2008). Ha sido director nacional del Programa de Cooperación Internacional del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo sobre Justicia de Transición en Brasil. Es juez del Tribunal Internacional para la Justicia Restaurativa en El Salvador. Es coordinador general del Comité para la Creación del Memorial de la Amnistía Política de Brasil. Es miembro de la Junta Directiva de la Coalición Internacional de Sitios de Conciencia. Ha publicado diversos artículos y es miembro del consejo editorial de diversas revistas académicas. Es editor de las siguientes obras publicadas: *Diálogos sobre derecho público* (2009); *Represión y memoria política en el contexto iberoamericano* (2010) junto con Boaventura de Sousa Santos, Cecília MacDowell y Marcelo D. Torelly; y *La amnistía en la era de la responsabilidad: Brasil en perspectiva internacional comparada* (2011), con Leigh Payne y Marcelo D. Torelly.

Ruti Teitel

Es profesora titular de la cátedra Ernst C. Stiefel de Derecho Comparado en la New York Law School y profesora visitante de la London School of Economics, Global Governance (2010-2013). Ha publicado *Transitional Justice*, libro donde examina las transiciones a la democracia en diversos países durante el siglo XX. En el 2011 publicó el libro *Humanity's Law*, en el cual explora los cambios del paradigma del Estado de derecho a escala global. Es autora de numerosas publicaciones en las áreas de derecho comparado, derechos humanos y constitucionalismo. Ha contribuido con capítulos de su autoría en decenas de publicaciones; entre ellos se incluyen "Global Justice, Poverty and the International Economic Order" en *The Philosophy of International Law* (2010), junto con Rob Howse; "The Transitional Apology" en *Taking Wrongs Seriously: Apologies and Reconciliation*(2006) y "Transitional Rule of Law" en *Rethinking the Rule of Law After Communism* (2005). Se graduó en la Universidad de Georgetown y es magíster por la Cornell Law School. Ha enseñado en las Facultades de Derecho de las Universidades de Yale, Fordham y Tel Aviv, así como en el Departamento de Política de la Universidad de Columbia. Es cofundadora de la American Society of International Law, Interest Group on Transitional Justice and Rule of Law. Es miembro del Consejo de Relaciones Internacionales y participa en los comités de gestión de Human Rights Watch para Europa y Asia Central.

Santiago Canton

Es secretario ejecutivo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de los Estados Americanos. Desempeñó el cargo de relator especial para la libertad de expresión de la OEA de 1998 a julio de 2001. Estudió la carrera de Derecho en la Universidad de Buenos Aires y es magíster en Derecho Internacional por el Washington College of Law de la American University. Durante 1998 fue director del Departamento de Información Pública de la OEA. Desde 1994 hasta 1998 se desempeñó como director para América Latina y El Caribe en el Instituto Nacional Demócrata, una organización dedicada al desarrollo democrático con base en Washington, D.C. Además, trabajó como consejero político del Centro Jimmy Carter en los procesos electorales de El Salvador y República Dominicana.

AGRADECIMIENTOS

Deseamos expresar nuestro agradecimiento al Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile, el Centro Internacional para la Justicia Transicional, el Copyright Clearence Center por su actuación en nombre del Harvard Human Rights Journal, la Comisión de Amnistía del Ministerio de Justicia de Brasil, la Due Process of Law Foundation, la Revista Internacional de la Cruz Roja, el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, la Johns Hopkins University Press, Lit-Verlag, el Social Science Research Council y a Zone Books por sus permisos para la traducción y la publicación de los textos incluidos en este libro.

Con mucho agrado también expresamos nuestro reconocimiento a los diversos colaboradores de este proyecto editorial como son Aline Tissot, Carolina Carter, Daniela Frantz, Eduardo González Cueva, Émerson de Oliveira, Félix Reátegui, Kelen Meregali, Luciana Garcia, Marcelo D. Torelly, Marcie Mersky, Mary Robbins, Rocío Reátegui, Sandy Spady, Stephanie Morin y Yolanda Chávez.

Finalmente, expresamos un agradecimiento especial a los autores que animaron la realización de este trabajo mediante la publicación de sus textos: Cristián Correa, Eduardo González Cueva, Elizabeth Salmón, Félix Reátegui, Jo-Marie Burt, Juan E. Méndez, Katharine Orlovsky, Ludmila da Silva Catela, Marcelo D. Torelly, Naomi Roht-Arriaza, Pablo de Greiff, Paige Arthur, Pamela Pereira, Paul van Zyl, Paulo Abrão, Ruti Teitel y Santiago Canton.

Impreso en Brasil
2012